

**НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ЯРОСЛАВА МУДРОГО
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ**

*Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису*

БЕРЧЕНКО ГРИГОРІЙ ВАЛЕРІЙОВИЧ

УДК 342.41

КОНСТИТУЦІЯ ЯК АКТ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ

12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право»

Юридичні науки

Подається на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей,
результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

 Г. В. Берченко

Науковий консультант:

Барабаш Юрій Григорович,

доктор юридичних наук, професор,

член-кореспондент Національної академії правових наук України,

заслужений діяч науки і техніки

Харків – 2024

АНОТАЦІЯ

Берченко Г. В. Конституція як акт установчої влади – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право». – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Міністерство освіти і науки України, Харків, 2024.

Актуальність теми пов'язана із необхідністю дослідження і розв'язання ряду доктринальних і практичних проблем, оскільки ідея подальшого конституційного реформування та навіть повного конституційного оновлення, без перебільшення, залишається, однією з ключових в сучасному правовому дискурсі. Саме тому ефективна її реалізація можлива тільки при ґрунтовному осмисленні природи конституції і доктрини установчої влади, що її породжує. Сьогодні особливим викликом є російська збройна агресія, що посягає на незмінюваний конституційний принцип, що був сформульований установчою владою у 1996 році, – принцип територіальної цілісності. Маємо також заборону на внесення змін до Конституції України в умовах воєнного стану, що введений з 24 лютого 2022 року. Ці виклики обумовлюють нашу особливу увагу до згаданих проблем і, на жаль, стримують поступальний конституційний розвиток України на шляху до євроінтеграції, курс на яку був конституціоналізований у 2019 році і який зараз активно впроваджується.

Дисертація присвячена розробці сучасної доктрини конституції як акта установчої влади, встановленню меж здійснення установчої влади, з'ясуванню специфіки реалізації доктрини конституції як акта установчої влади в Україні, а також наданню науково обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення процедури внесення змін до Конституції України і процедури прийняття нової Конституції України.

Дисертація є першим у науці конституційного права України комплексним науково-правовим дослідженням конституції як акта установчої влади, в

якому: з'ясовано історичні аспекти формування конституцій; визначено дуалізм формального і матеріального значення конституції; окреслено характеристики конституції у формальному значенні; сформульовано сутність нормативності конституції і її реальності (онтологічну класифікацію конституцій); визначено способи легітимації конституції; з'ясовано сутність установчої влади та здійснено її класифікацію; визначено сутність суверенної теорії установчої влади та ризику зловживання нею; надано характеристику постсуверенної парадигми установчої влади; виокремлено підходи до розмежування збереження конституційного континуїтету і конституційної революції; з'ясовано вплив багаторівневого конституціоналізму на трансформації установчої влади (на прикладі ЄС); встановлено загальну характеристику обмежень установчої влади; з'ясовано сутність незмінюваних положень конституції; здійснено компаративний аналіз судового контролю за внесенням змін до конституції; надано характеристику судовому тлумаченню як неформальних змін конституції; з'ясовано історичну генезу доктрини установчої влади в Україні; визначено роль установчої влади у процедурі внесення змін до чинної Конституції; встановлено сутність незмінюваних положень Конституції України; надано характеристику судовому контролю за законами про внесення змін до Конституції України; з'ясовано перспективи прийняття нової Конституції України в аспекті доктрини установчої влади.

Дослідження складається з 4-х розділів, присвячених сучасній теорії конституції, доктрині установчої влади, межах установчої влади і Конституції України як акту установчої влади.

Виокремлено класифікацію підходів до конституції: 1) формальний – конституція – це єдиний писаний акт або сукупність актів (несистематизована конституція або у формі «конституційного блоку»), що має найвищу юридичну силу і особливий порядок зміни; 2) матеріальний – сукупність норм, що містяться в одному або різних джерелах (наприклад, Велика Британія), які регулюють устрій держави без формально вищої юридичної сили і ускладне-

ного порядку внесення змін. В рамках матеріального підходу виокремлюється два підходи: 1) релятивістський – допустимим є будь-який устрій і його принципи (цей підхід ми не підтримуємо); 2) обмежувальний – устрій має обов'язково ґрунтуватися на нормах, що гарантують права людини, поділ і обмеження державної влади.

Сформульовано пропозицію переглянути формулювання ч. 3 і ч. 4 ст. 5 Конституції України в частині заборони узурпації права визначати і змінювати конституційний лад, а також узурпації державної влади на користь заборони узурпації саме народного суверенітету.

Обґрунтовано критичний підхід до юридичних позицій КСУ, висловлених в рішеннях від 5 жовтня 2005 року № 6-рп/2005 і від 16 квітня 2008 року № 6-рп/2008 року щодо можливості прийняття нової Конституції на референдумі за народною ініціативою.

Наведені аргументи щодо здійснення КСУ наступного конституційного контролю за законами про внесення змін до Конституції України на підставі визнання таких законів актами інституційної установчої влади, зміст і процедура здійснення якої є обмеженою оригінарною установчою владою.

Аргументовано недоцільність використання конструкції «викладення Конституції України в новій редакції», «нова редакція Конституції України» (рішення КСУ від 16 квітня 2008 року № 6-рп/2008, Закон «Про всеукраїнський референдум» від 6 листопада 2012 р. № 5475-VI, законопроект Президента України "Про внесення змін до Конституції України" від 31 березня 2009 року за № 4290) і пропозиція щодо відмови від використання таких конструкцій в контексті України в майбутньому.

Удосконалено підходи до розуміння легітимності конституції, яка може ґрунтуватися 1) на принципі ефективності - конституцією є діючий акт (підстави і обставини, які сприяли появі конституції, знаходяться поза правом і питаннями нормативності), 2) на неперитивних способах легітимації, зокрема, за допомогою використання класичної доктрини установчої влади). Можливий

також компромісний підхід між принципом ефективності і неопозитивним підходом до легітимації, що намагається їх в тій чи іншій формі поєднати між собою постсуверенна теорія установчої влади, створюючи інтегративний підхід до легітимності конституції і використовуючи всі існуючі способи легітимації (застосування тимчасових конституцій, легітимацію через зміст, договірні елементи, постійно відтворювана легітимність за допомогою поєднання неформальних змін конституції і класичних процедур здійснення установчої влади як такої).

Набули подальшого розвитку положення щодо підходів до багатотекстовості, несистематизованості конституційного тексту, а також доктрини конституційного блоку, перспективи для України визнання доктрини конституційного блоку щодо Акта проголошення незалежності України 1991 року, але відсутності таких перспектив для Декларації про державний суверенітет України 16 липня 1990 року. Обґрунтовується ідея надконституційності, коли деякі елементи конституційного блоку не є класичними актами установчої влади (наприклад, ті, що проголошують незалежність), і самі накладають на класичну установчу владу ряд обмежень.

Аргументовано підхід, за яким глобальний конституціоналізм у вузькому значенні як перспективний рівень багаторівневого конституціоналізму сьогодні відсутній, оскільки відсутній світовий уряд і всесвітня конституція. Так само наводяться аргументи щодо недоцільності повноцінного використання доктрини установчої влади в рамках ЄС до того моменту, поки останній не набуде статусу федеративної держави.

Доводиться теза про те що експліцитний попередній контроль за внесенням змін до конституції з боку конституційних судів – тренд пострадянський (Україна, Молдова, Таджикистан, Киргизстан, Азербайджан, Вірменія) і постсоціалістичний (Косово, Румунія), а його успіх, позитивні і негативні сторони цілком індивідуальні і залежать від його моделі в конкретній країні і її контексту.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що здійснені в дослідженні висновки, пропозиції й рекомендації можуть бути використані:

– у науково-дослідній сфері – для дослідження питань теорії конституції, конституціоналізму, установчої влади, внесення змін до конституції, континуїтету і конституційної революції, здійснення конституційного правосуддя і вивчення проблемних питань інституту конституційного контролю;

– у правотворчості – при підготовці законопроектів щодо внесення змін до Конституції України, змін до Законів України «Про Конституційний Суд України», «Про Регламент Верховної Ради України», «Про правотворчу діяльність», законопроекту «Про конституційне провадження»;

– у практичній діяльності – при розгляді конституційних подань, конституційних звернень Конституційним Судом України, розгляді справ Верховним Судом, іншими суб'єктами правозастосування;

– у навчальному процесі – при підготовці підручників і посібників, а також інших навчальних, навчально-методичних матеріалів із дисциплін «Конституційне право», «Конституційне право України», «Публічне право: сучасні доктрини в судовій та правозастосовній практиці», «Теорія та практика конституційного судочинства», «Конституція як акт установчої влади», а також при здійсненні викладання вказаних дисциплін у закладах вищої освіти, де відбувається підготовка фахівців в рамках правничих спеціальностей.

Ключові слова: верховенство права, демократія, євроінтеграція, конституційна революція, конституційні цінності, конституціоналізм, конституція, конституційне судочинство, континуїтет, народовладдя, постсуверенна парадигма, права людини, референдум, територіальна цілісність, установча влада.

SUMMARY

Berchenko H. V. The Constitution as an act of constituent power. – The qualifying scientific work on the rights of a manuscript.

Dissertation for obtaining the scientific degree of Doctor of Juridical Sciences in the specialty 12.00.02 «Constitutional law; Municipal law» – Yaroslav Mudryi National Law University, Ministry of Education and Science of Ukraine, Kharkiv, 2024.

The relevance of the topic is related to the need to investigate and solve a number of doctrinal and practical problems, since the idea of further constitutional reform and even complete constitutional renewal, without exaggeration, remains one of the key ones in the modern legal discourse. That is why its effective implementation is possible only with a thorough understanding of the nature of the constitution and the theory of the constituent power that generates it. Today, a special challenge is Russian armed aggression, which encroaches on the unchangeable constitutional principle that was formulated by the constituent power in 1996, the principle of territorial integrity. We also have a ban on making changes to the Constitution of Ukraine in the conditions of martial law, which has been introduced since February 24, 2022. These challenges determine our special attention to the mentioned problems and, unfortunately, hold back the progressive constitutional development of Ukraine on the way to European integration, the course for which was constitutionalized in 2019 and which is now being actively implemented.

The dissertation is dedicated to the development of the modern doctrine of the constitution as an act of the constituent power, establishing the limits of the exercise of the constituent power, clarifying the specifics of the implementation of the doctrine of the constitution as an act of the constituent power in Ukraine, as well as providing scientifically based proposals for improving the procedure for amending the Constitution of Ukraine and the procedure for adopting a new Constitution of Ukraine.

The dissertation is the first complex scientific and legal study of the constitution as an act of the constituent power in the science of constitutional law of Ukraine, in which: the historical aspects of the formation of constitutions are clarified; the dualism of the formal and material meaning of the constitution is defined; the characteristics of the constitution in the formal sense are outlined; the essence of the constitution's normativity and its reality (ontological classification of constitutions) is formulated; ways of legitimizing the constitution are defined; the essence of the constituent power was clarified and its classification was carried out; the essence of the sovereign theory of constituent power and the risks of abusing it are determined; a description of the post-sovereign paradigm of the constituent power is provided; approaches to the distinction between preservation of constitutional continuity and constitutional revolution are singled out; the impact of multi-level constitutionalism on the transformation of the constituent power is clarified (on the example of the EU); a general description of the limitations of the constituent power is established; the essence of the unchangeable provisions of the constitution has been clarified; a comparative analysis of judicial control over amendments to the constitution was carried out; judicial interpretation is characterized as informal changes to the constitution; the historical genesis of the doctrine of the constituent power in Ukraine is clarified; the role of the constituent power in the procedure for introducing amendments to the current Constitution is defined; the essence of the unchangeable provisions of the Constitution of Ukraine is established; the characteristics of judicial control over laws on amendments to the Constitution of Ukraine are given; the prospects for the adoption of the new Constitution of Ukraine in terms of the doctrine of the constituent power have been clarified.

The study consists of 4 chapters devoted to the modern theory of the constitution, the doctrine of the constituent power, the limits of the constituent power and the Constitution of Ukraine as an act of the constituent power.

The classification of approaches to the constitution is distinguished: 1) formal - the constitution is a single written act or a set of acts (unsystematized-as a consti-

tution or in the form of a "constitutional block"), which has the highest legal force and a special order of change; 2) material - a set of norms contained in one or different sources (for example, Great Britain), which regulate the state system without a formally higher legal force and a complicated procedure for making changes. Within the framework of the material approach, two approaches are distinguished: 1) relativistic - any system and its principles are permissible (we do not support this approach); 2) restrictive - the system must necessarily be based on norms that guarantee human rights, the division and limitation of state power.

A proposal was made to revise the wording of Part 3 and Part 4 of Art. 5 of the Constitution of Ukraine in terms of the prohibition of the usurpation of the right to define and change the constitutional order, as well as the usurpation of state power in favor of the prohibition of the usurpation of the people's sovereignty.

The critical approach to the legal positions of the CCU expressed in decisions dated October 5, 2005 No. 6-пп/2005 and dated April 16, 2008 No. 6-пп/2008 regarding the possibility of adopting a new Constitution in a referendum on popular initiative is substantiated.

Arguments are presented regarding the CCU's subsequent constitutional control over laws amending the Constitution of Ukraine based on the recognition of such laws as acts of the institutional constituent power, the content and procedure of which is limited to the original constituent power.

The inexpediency of using the construction "presentation of the Constitution of Ukraine in a new edition", "new edition of the Constitution of Ukraine" is argued (Decision of the CCU dated April 16, 2008 No. 6-пп/2008, Law "On All-Ukrainian Referendum" dated November 6, 2012 No. 5475-VI, draft law of the President of Ukraine "On Amendments to the Constitution of Ukraine" dated March 31, 2009 under No. 4290) and a proposal to refuse the use of such constructions in the context of Ukraine in the future.

Approaches to understanding the legitimacy of the constitution have been improved, which can be based 1) on the principle of effectiveness – the constitution is an active act (and what grounds and circumstances contributed to the appearance of the constitution being outside the law and issues of normativity), 2) on non-positive methods of legitimation, in particular, by using the classical doctrine of the constituent power). A compromise approach is also possible between the principle of effectiveness and a non-positive approach to legitimation, which the post-sovereign theory of constituent power tries to combine in one form or another, creating an integrative approach to the legitimacy of the constitution and using all existing methods of legitimation (application of temporary constitutions, legitimacy through content, contractual elements, constantly reproduced legitimacy through a combination of informal changes to the constitution and classical procedures for the exercise of constituent power as such).

Provisions concerning approaches to multi-textuality, non-systematization of the constitutional text, as well as the doctrine of the constitutional bloc, the prospects for Ukraine to recognize the doctrine of the constitutional bloc regarding the Act of Proclamation of Independence of Ukraine in 1991, but the lack of such prospects for the Declaration on the State Sovereignty of Ukraine have gained further development July 16, 1990. The idea of supraconstitutionality is substantiated when some elements of the constitutional block are not classic acts of the constituent power (for example, those declaring independence), and impose a number of restrictions on the classic constituent power.

The approach is argued, according to which global constitutionalism in the narrow sense as a perspective level of multi-level constitutionalism does not exist today, because there is no world government and world constitution. Arguments are also given regarding the inexpediency of the full use of the doctrine of constituent power within the framework of the EU until the latter acquires the status of a federal state.

The thesis that the explicit preliminary control of amendments to the constitution by the constitutional courts is a post-Soviet (Ukraine, Moldova, Tajikistan, Kyrgyzstan, Azerbaijan, Armenia) and post-socialist (Kosovo, Romania) trend is proved, and its us - well, positive and negative sides are completely individual and depend on its model in a specific country and its context.

The practical significance of the obtained results is that the conclusions, proposals and recommendations made in the study can be used:

- *in the research field* - for the study of the theory of the constitution, constitutionalism, constituent power, amendments to the constitution, continuity and constitutional revolution, the implementation of constitutional justice and the study of problematic issues of institute of constitutional review;

- *in law-making* - when preparing draft laws on amendments to the Constitution of Ukraine, amendments to the Laws of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine", "On the Regulations of the Verkhovna Rada of Ukraine", "On law-making activity", the draft law "On constitutional proceedings";

- *in practical activities* - when considering constitutional submissions, constitutional appeals by the Constitutional Court of Ukraine, considering cases by the Supreme Court, other law enforcement subjects;

- *in the educational process* - during the preparation of textbooks and manuals, as well as other educational, educational and methodological materials from the disciplines "Constitutional law", "Constitutional law of Ukraine", "Public law: modern doctrines in judicial and law enforcement practice", "Theory and the practice of constitutional jurisprudence", "Constitution as an act of constituent power", as well as when teaching the specified disciplines in institutions of higher education, where specialists are trained within the framework of legal specialties.

Key words: rule of law, democracy, European integration, constitutional revolution, constitutional values, constitutionalism, constitution, constitutional justice, continuity, people's power, post-sovereign paradigm, human rights, referendum, territorial integrity, constituent power.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні результати дисертації:

1. Берченко Г.В. Відновлення дії тексту конституції в аспекті концепції установчої влади. *Форум права*. 2016. № 4. С. 25–34. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2016_4_7
2. Берченко Г.В. Попередній контроль за змінами Конституції: юридичні позиції Конституційного Суду України. *Право і суспільство*. № 6-1. 2019. С. 9-16. DOI: <https://doi.org/10.32842/2078-3736-2019-6-1-2>
3. Берченко Г.В. Застереження Конституційного Суду України як елемент процедури внесення змін до Конституції України. *Актуальні проблеми політики*. 2020. № 66. С. 118-123. DOI: <https://doi.org/10.32837/app.v0i66.716>
4. Берченко Г.В. Концепт «установча влада» у сучасному українському науковому дискурсі. *Вчені записки Таврійського національного університету імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2020. Том 31. (70). № 6. 2020. С. 13-18. DOI: <https://doi.org/10.32838/TNU-2707-0581/2020.6/03>
5. Берченко Г.В. Установча влада: еволюція і сучасні інтерпретації. *Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2020. № 45. С. 26-29. DOI: <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2020.45.6>
6. Берченко Г.В. Декларація про державний суверенітет України і Акт проголошення незалежності в аспекті доктрини конституційного блоку. *Право та державне управління*. 2020. № 4. С. 24-30. DOI: <https://doi.org/10.32840/pdu.2020.4.3>
7. Берченко Г.В. Конституційне право на опір. *Проблеми законності*. 2020. № 4. С. 18-30. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.151.215651>

8. Берченко Г.В. Конституційний контроль за внесенням змін до конституції: зарубіжний досвід. *Публічне право*. 2020. № 3. С. 9-16. DOI: <https://doi.org/10.32782/2306-9082/2020-39-1>
9. Берченко Г.В. Політичний популізм і установча влада народу. *Juris Europensis Scientia*. 2020. № 3. С. 7-11. DOI: <https://doi.org/10.32837/chern.v0i3.89>
10. Берченко Г.В. Преамбула конституції: юридична природа та практика внесення змін. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. № 5 (34). С. 44-48. DOI: [https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i5\(34\).643](https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i5(34).643)
11. Берченко Г.В. Конституція як основний закон: проблеми теорії і практики. *Юридичний вісник*. 2020. № 6. С. 39-46. DOI: <https://doi.org/10.32837/yuv.v0i6.2027>
12. Берченко Г.В. Розвиток учення про конституцію: теорія і практика. *Публічне право*. 2020. № 4. С. 6-13. DOI: <https://doi.org/10.32782/2306-9082/2020-40-1>
13. Берченко Г.В. Установча влада та набуття чинності Конституцією України. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки*. 2020. № 4. Том 1. С. 20-28. DOI: <https://doi.org/10.26661/2616-9444-2020-4.1-04>
14. Берченко Г.В. Прогалини в конституції: постановка проблеми. *Право і суспільство*. 2020. № 6. С. 3-9. DOI: <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.6.1.1>
15. Берченко Г.В. Право народу визначати і змінювати конституційний лад в аспекті здійснення установчої влади. *Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2020. № 46. С. 10-14. DOI: <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2020.46.2>
16. Берченко Г.В. Розвиток конституції шляхом її судового тлумачення і установча влада. *Актуальні проблеми держави і права*. 2020. № 88. С. 18-24. DOI: <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i88.3051>

17. Берченко Г.В. Загальна характеристика незмінюваних положень конституції . *Філософія права і загальна теорія права*. 2021. № 2. С. 78-92
DOI: <https://doi.org/10.31359/2227-7153-78>
18. Berchenko H., Maryniv A., Fedchyshyn S. Some issues of constitutional justice in Ukraine. *Access to justice in Eastern Europe*. 2021. Vol. 4. Iss. 2. pp. 128-145. DOI: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-4.2-n000064>
19. Berchenko H., Slinko T., Tkachenko Ye., Kobryn V. Preliminary Judicial Control of Amendments to the Constitution: Comparative Study. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2022. Vol 5. Iss. 4 (16). pp. 159-169. DOI: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.4-n000435>
20. Колісник В. П., Берченко Г. В., Слінько Т. М. Конституційна ідентичність як втілення установчої влади. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 69–88. DOI: <https://doi.org/10.31359/1993-0909-2022-29-3-69>
21. Berchenko H. Slinko T. Horai O. Unamendable Provisions of the Constitution and the Territorial Integrity of Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2022. Vol. 5. Special Issue. pp. 113-127. DOI: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.4-n000447>
22. Барабаш Ю.Г., Берченко Г.В. Чи здатна захистити себе демократія в умовах війни? (на досвіді державного будівництва під час російської агресії). *Право України*. 2023. № 1. С. 54-75. DOI: <https://doi.org/10.33498/louu-2023-01-054>
23. Berchenko H. Judicial Interpretation as Informal Constitutional Changes: Questions of Legitimacy in the Aspect of the Doctrine of Constituent Power. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2024. Vol. 7. Iss. 2. pp. 39-62. DOI: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-7.2-a000203>

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

24. Берченко Г.В. Концепція установчої влади. *Державний суверенітет і народний суверенітет в сучасних умовах. VII Тодиківські читання. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції молодих учених, аспірантів і студентів (м. Харків, 26-27 вересня 2014 року) / За заг. ред. проф. А.П. Гетьмана. НУ «Юридична академія імені Ярослава Мудрого».* Харків: Права людини, 2014. С. 47-49.

25. Берченко Г.В. Проблеми реалізації установчої влади в Україні. *Теорія та практика сучасної юриспруденції: матеріали VI Всеукр. наук.-практич. конф. (м. Харків, 2 лист. 2015 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Асоц. випускників Нац. юрид. ун-ту ім. Я. Мудрого.* Харків : ФОП Бровін О. В., 2015. С. 227-229.

26. Берченко Г.В. Конституція України як прояв установчої влади народу («Круглий стіл до 20-ї річниці Конституції України «Історія сучасного українського конституціоналізму», м. Харків, 8 червня 2016 р.). *Вісник національної академії правових наук України.* 2016. № 2. С. 214-215.

27. Берченко Г.В. Відновлення дії тексту Конституції України в контексті концепції установчої влади. *Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина : зб. тез наук. доп. і повідомл. IV Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Полтава, 26 трав. 2016 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Я. Мудрого, Полтав. юрид. ін-т, Нац. акад. прав. наук України, НДІ держав. буд-ва та місцевого самоврядування, Асоціація випускників НЮУ ім. Ярослава Мудрого".* Харків : Права людини, 2016. С. 8-12.

28. Берченко Г.В. Інституційна установча влада і Конституція України. *Юридична осінь 2018 року : зб. тез доп. та наук. повідомл. учасників всеукр. наук. конф. молодих учених (м. Харків, 14 листоп. 2018 р.) / М-во освіти і науки України, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Рада моло-*

дих учених, *Студент. наук. т-во.* Харків : НЮУ ім. Ярослава Мудрого, 2018. С. 3-7.

29. Берченко Г.В. Звільнення суддів Конституційного Суду України за порушення присяги: судова практика. *Сучасний вимір прав людини: конституційний контекст. XI Тодиків. читання : зб. тез наук. доп. і повідомл. Міжнар. наук. конф. (м. Харків, 26-27 жовт. 2018 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого.* Харків : Права людини, 2018. С. 216-218.

30. Берченко Г.В. Вдосконалення процедури внесення змін до Конституції України. *Публічне адміністрування в умовах змін та перетворень: проблеми організації та правового забезпечення: зб. наук. пр. матеріалами III Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 11-12 квіт. 2019 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого.* Харків: Право, 2019. С. 200-203.

31. Берченко Г.В. Конституційний контроль за установчою владою в Україні: питання обмеження прав людини. *Парадигми конституційного права: історія та сучасність. XII Тодиківські читання : зб. тез наук. доп. і повідомл. Міжнар. наук. конф. (м. Харків, 1-2 листоп. 2019 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого.* Харків : Права людини, 2019. С. 110-112.

32. Берченко Г.В. Природа Конституції України як акта установчої влади. *Матеріали круглого столу «Український конституціоналізм у сучасному вимірі» (м. Харків, 24 червня 2019 р.).* Харків: ФОП Бровін О.В., 2019. С. 21-23.

33. Берченко Г.В. Концепція войовничої демократії в рішенні Конституційного Суду України від 16 липня 2019 року № 9-р/2019. *Юридична осінь 2019 року: зб. тез доповідей та наук. повідомл. учасників міжнар. наук.-практ. конф. молодих учених (Харків, 29 листоп. 2019 р.) / за заг. ред. А.П. Гетьмана.* Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого: Мадрид, 2019. С. 31-35.

34. Берченко Г.В. Право народу визначати і змінювати конституційний лад в Конституції України. *Матеріали круглого столу «Історія держа-*

вотворчих процесів в Україні і зарубіжних країнах (до 30-ї річниці незалежності України та 25-річчя конституції України)». (м. Харків, 27 травня 2021 р.). Харків: ФОП Бровін О.В., 2021. С. 58-60.

35. Берченко Г.В. Межі установчої влади: судовий конституційний контроль за змінами до конституції. *Фундаментальні проблеми юриспруденції III. Межі права: Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу з міжнародною участю (м. Харків, 28–29 травня 2021 року) / уклад.: К. Буряковська, С. Максимов, Н. Сатохіна, О. Стовба. Харків: без видавництва, 2021. С. 10-13.*

36. Берченко Г.В. Конформне (узгоджене з Конституцією) тлумачення законів Конституційним Судом України. *Сучасні конституційні доктрини: проблеми формування та застосування в юрисдикційній практиці. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції (м. Харків, 11 червня 2021 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків: ТОВ «Видавництво „Права людини“», 2021. С. 132-134.*

37. Берченко Г.В. Викладання конституційного права України. *Удосконалення професійної компетентності викладача юридичних дисциплін: матеріали науково-педагогічного підвищення кваліфікації з юридичних наук, (онлайн, 15 листопада-26 грудня 2021 року). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 29-32.*

38. Берченко Г.В. Порівняльний метод у конституційному праві. *Collection of theses of scientific and methodical reports of scientific and pedagogical internship, which was organized by «Vasile Goldiș» Western University of Arad, Romania, North University Centre of Baia Mare, Romania, Institute of professional development, Slovakia, Association of International Educational and Scientific Cooperation, Ukraine, for research and teaching staff of Ukrainian universities in educational and scientific institutions of foreign*

countries (online, April 4 – May 13, 2022). Arad; Ужгород: Association of International Educational and Scientific Cooperation, Ukraine, 2022. С. 19-22.

39. Берченко Г.В. Повага до конституційної ідентичності держав-членів ЄС: перспективи для України. *Український конституціоналізм: виклики, народжені свободою. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції (м. Харків, 23 грудня 2022 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків: ТОВ «Видавництво „Права людини“», 2022. С. 34-35.*

40. Берченко Г.В. Попередній судовий контроль за законопроектами про внесення змін до конституції: порівняльний аспект. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали VI Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Чернівці, 21 жовтня 2022р.) / редкол.: О.В. Щербанюк та ін. Чернівці: без видавництва, 2022. С. 157-160.*

41. Берченко Г. В. Глобальний конституціоналізм: поняття і перспективи. *Національна безпека як конституційна цінність: сучасні виклики: Міжнар. наук.-практ. конф. з нагоди Дня Конституції Україн, / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Чернів. нац. ун-т ім. Ю. Федьковича, Львів. нац. ун-т ім. І. Франка (Харків, 22 черв. 2023 р.). Харків: без видавництва, 2023. С. 19-21.*

42. Берченко Г. В. Процедура внесення змін до Конституції: теорія і практика. *Конституційна та адміністративна процедура: міжнародний досвід та національна практика. Матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Чернівці, 2 травня 2023р.) / редкол.: О.В. Щербанюк та ін. Чернівці: без видавництва, 2023. 193 с. С. 21-25.*

43. Берченко Г.В. Подолання позицій судової влади шляхом внесення змін до конституції. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали VII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Чернівці 27 жовтня 2023р.) / редкол.: О.В. Щербанюк та ін. Чернівці: без видавництва, 2023. С. 27-32.*

44. Берченко Г.В. Ієрархія конституційних цінностей. *Права людини та демократія як фундаментальні основи українського конституціоналізму. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції (м. Харків, 24 листопада 2023 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2023. С. 33-34.*

Публікації, які додатково відображають результати дослідження

45. Берченко Г.В. Концепція установчої влади та її розвиток в Україні. *Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія Право. 2014. № 1137. Вип. 18. С. 66-69.*

46. Конституційне право України: підручник / за заг. ред. Т. М. Слінько; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2020. пункт 2.1-2.2 глави 2 розділу I. С. 37-47.

47. Публічне право: сучасні доктрини в судовій та правозастосовній практиці: навч. посіб. для підготовки студентів магістратури вищої освіти другого (магістер.) рівня вищої освіти галузі знань 08 «Право» спец. 081 «Право» / Т.М. Слінько, Л.І. Летнянчин, Г.В. Берченко; за заг. ред. проф. Т.М. Слінько, доц. Л.І. Летнянчина; М-во освіти і науки України Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2023. пункти 6.1-6.5 теми 6. С. 176-192.

48. Берченко Г.В. Установча влада. *Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Т. 4: Конституційне право / Редкол.: Ю.Г. Барабаш (голова) та ін. Харків: Право, 2024. С. 1031-1035.*

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ.....	4
ВСТУП	5
РОЗДІЛ 1	26
СУЧАСНА ТЕОРІЯ КОНСТИТУЦІЇ	26
1.1. Історичні аспекти формування конституцій	26
1.2. Дуалізм формального і матеріального значення конституції	57
1.3. Характеристика конституції у формальному значенні	82
1.4. Нормативність конституції і її реальність (онтологічна класифікація конституцій).....	99
1.5. Способи легітимації конституції.....	108
Висновки до розділу 1	139
РОЗДІЛ 2	151
ДОКТРИНА УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ	151
2.1. Сутність установчої влади та її класифікація	151
2.2. Суверенна теорія установчої влади та ризики зловживання нею.....	173
2.3. Постсуверенна парадигма установчої влади.....	195
2.4. Збереження конституційного континуїтету vs конституційна революція	215
2.5. Багаторівневий конституціоналізм і трансформація доктрини установчої влади (на прикладі ЄС)	236
Висновки до розділу 2	250
РОЗДІЛ 3	265
ОБМЕЖЕННЯ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ	265
3.1. Загальна характеристика обмежень установчої влади.....	265
3.2. Незмінювані положення конституції.....	293
3.3. Судовий контроль за внесенням змін до конституції: компаративний аналіз	312
3.4. Судове тлумачення як неформальні зміни до конституції	333
Висновки до розділу 3	348

РОЗДІЛ 4	364
КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ ЯК АКТ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ.....	364
4.1. Доктрина установчої влади в Україні: історична генеза	364
4.2. Процедура внесення змін до чинної Конституції: роль установчої влади	385
4.3. Незмінювані положення Конституції України	407
4.4. Судовий контроль за законами про внесення змін до Конституції України.....	421
4.5. Установча влада і перспективи прийняття нової Конституції України	455
Висновки до розділу 4	476
ВИСНОВКИ.....	489
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	500
ДОДАТОК.....	588

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ВРУ – Верховна Рада України

ВС – Верховний Суд

ВСУ – Верховний Суд України

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

ЄКПЛ – Конвенція про захист прав і основоположних свобод 1950 р.

ЗУ – Закон України

КМУ – Кабінет Міністрів України

КУ – Конституція України

КС – Конституційний суд

КСУ – Конституційний Суд України

ОЗУ – Основний Закон України

ПУ – Президент України

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Завдання сконструювати повноцінну сучасну теорію конституції є надзвичайно складним. Та попри складнощі, які є очевидними, зробити спробу аналізу окремих аспектів відповідної теорії в аспекті погляду на конституцію як акт установчої влади, що може дати загальне уявлення про теорію конституції в цілому, потрібно. Переосмислення всього того, що ми знаємо про конституцію за рахунок увібрання нових знань дозволить науці формувати адекватні реакції на світові тенденції у конституційному праві.

Не варто недооцінювати і зв'язок з практикою. Вплив наукових знань на процеси конституцієтворення (*constitution making*) і конституційного реформування величезний. Спочатку формуються ідеї, згодом – вони втілюються на практиці. Від якості відповідних ідей залежить те, яким шляхом буде рухатися вся правова система на багато років вперед.

Якщо спробувати піднятися на найвищий рівень узагальнення, то ключовими є такі питання. Чи може існувати універсальне і догматично коректне поняття конституції? Чи може воно бути сформульоване у відриві від національного конституційного права конкретної країни як суто доктринальне? Ці питання є центральними у порівняльному конституційному праві. Вони тісно пов'язані з іншими. Зокрема, про те, чи можемо ми сформувати певний ідеальний тип конституції на підставі індукції, тобто дослідження багатьох конституцій і виведення певного найкращого її варіанту? Або ж сформувати певну гіпотезу про ідеальний тип, яку потім перевірити на практиці? Питання також (або, скоріше, в першу чергу) про межі ціннісного підходу і власне можливості самої ідеї універсалізму в світовому конституційному вимірі.

Але перед тим, як почати цю розмову ми маємо збагнути: який власне маємо предмет дослідження? Адже для того, щоб аналізувати конституції різних країн ми маємо щось вважати наперед конституцією, тобто щось, якимось знання постулювати заздалегідь. На перший погляд, є простий шлях. Ми маємо рухатися в рамках відповідної семантики: те, що в певній країні вважають конституцією, те, вочевидь, нею і є, принаймні саме це і варто аналізувати. Проте тут є застереження. Передусім, в рамках самої країни можлива дискусія, що є власне конституцією (тобто є різні підходи і точки зору), крім цього в самому понятті конституції можуть виокремлюватися різні аспекти. Ми маємо аналізувати доктринальне поняття в рамках тієї чи іншої країни, чи власне певну практику: конкретний письмовий акт, якісь інші джерела, а також реальні правовідносини, пов'язані із дією конституції як тексту, судову практику? Що робити, якщо писаного джерела під назвою «конституція» немає взагалі або є його аналоги (основний закон або основні закони тощо)? Дослідження джерела під назвою конституція може ввести в оману, адже під відповідною назвою може критися щось протилежне конституції в матеріальному значенні. Чим є конституція з огляду на матеріальне значення і чи варто враховувати таке матеріальне розуміння конституції на протиположне значенню формальному? Яку роль відіграє конституція саме у формальному значенні?

Величезну роль справляє праворозуміння, а також погляди на підстави чинності самого права. Чи можна вважати конституцією певне текстуальне нормативне джерело, яке суперечить справедливості (є чинним змістовно, з огляду на природно-правове розуміння) або ж вважати конституцією документ, який не застосовується та/або порушується (є нечинним з огляду на позитивістський принцип ефективності)?

Не варто недооцінювати і історію питання: історична еволюція конституцій, маючи первісно певну різноманітність і багатовимірність, не призвела

до формування чогось однакового для всіх країн. Саме тому історичний аспект є вкрай важливим для пояснення того, яка природа конституції як історичного явища. Історія, з огляду на її національний характер, також може дати відповідь на питання про різноманітність конституцій і поглядів на неї у світовому вимірі.

Крім того, не завжди питання конституції є виключно поглядом національної самобутності, часто конституції є запозиченням, адаптацією зарубіжного досвіду. В цьому плані історичний метод дослідження поєднується із порівняльно-правовим. Після появи явища багаторівневого конституціоналізму ми отримали новий поштовх для виходу за межі національної специфіки і розмови з універсалістських позицій і широких можливостей для порівняння.

Поставлені питання є наріжним каменем конституційно-правових досліджень. На деякі з них, як і на багато інших (поступово доповнюючи предмет розмови іншими дискусійними питаннями) ми намагатимемося відповісти протягом усього дослідження. Одразу зазначимо, що претензія на остаточну відповідь була би надто амбітною. Скоріше, ми пропонуємо певні міркування, які автору вбачаються доречними з огляду на проведене дослідження і відповідну аргументацію. Автор вітає будь-яке поглиблення дискусії з цього приводу задля подальшого розвитку науки конституційного права.

Виведення в назву дослідження згадки про установчу владу демонструє той аспект теорії конституції, на який зроблено ключовий наголос. Останніми роками, без перебільшення, відбувається справжній бум досліджень установчої влади в науці. Якщо взяти лише монографії з конституційного права за останні роки, то ми побачимо наскільки трендовим є обраний нами напрямок дослідження. Лише протягом останніх п'ятнадцяти років (2009-2023 рр.) з'явилося багато одноосібних і колективних монографічних праць на цю тему (серед їх авторів можна вказати таких вчених, як Е.Арато,

Н. Волкер, Ж. Колон-Ріос, М.Лафлін, Г. Лопез Бофілл, А.Негрі, М. Патберг, Л. Рубінеллі, М. Спенг, А. Феррара та багато інших). Дослідженню теорії конституції і установчої влади присвячено багато інших досліджень в суміжних напрямках, створення конституцій (making), їх зміни (changing, amending), конституційних запозичень і перенесень (transplant and borrowing), незмінюваних положень конституції (unamendable provision) тощо. До найбільш відомих вчених, що досліджували відповідну тематику, належать Р. Альберт, Р.Діксон, Д.Ландау, А.Шайо, Р.Уітц, Д. Грімм, Я. Рознаї та багато інших. Що стосується класиків, до яких звертаються найчастіше при дослідженні установчої влади, то ними вважаються Е-Ж. Сійес, Р.Боннар, Е-В. Бокенфьорде, К.Шмітт, Й.Ізензее.

В контексті України ми маємо лише два профільні монографічні дослідження, в яких ідея установчої влади винесена в назву. Мова йде про працю Р.М. Максакової «Конституційно-правові проблеми організації та реалізації установчої влади в Україні» (2012 р.) і А.А. Стрижака «Установча влада: основні критерії легітимності внесення змін до Конституції України» (2013 р.). Ряд авторів досліджували питання установчої влади на монографічному рівні, торкаючись її аспектів крізь призму більш широких категорій конституційного права, конституції і конституціоналізму (Ю.Г.Барабаш, В.М. Шаповал, М.В. Савчин, О.М. Бориславська, С.В. Різник, С.П. Головатий та інші). Багато робіт опубліковано у вигляді наукових статей (С.П. Рабінович, О.Ю. Водянніков та інші).

В Україні історично доктрина установчої влади в її референдному варіанті або варіанті скликання спеціального конвенту (Установчих зборів) так і не знайшла свого втілення. Конституція України 1996 року була ухвалена парламентом. Прив'язка Конституції України до доктрини установчої влади була здійснена лише у 1997 році постфактум вже в юриспруденції КСУ.

Водночас виникають питання щодо реального втілення доктрини установчої влади в Україні, а не про лише її номінальне згадування. Мова йде про природу самої Конституції як акта установчої влади, до сих пір незрозуміло, яку установчу владу реалізувала ВРУ – первісну (оригінарну) чи інституційну, чому саме парламент ухвалив Конституцію (а не був обраний якийсь інший механізм)? Так само механізми здійснення самої установчої влади в чинній Конституції 1996 року залишаються недосконалими. Йдеться про співвідношення статті 5 Конституції та її XIII розділу. Повністю відсутній механізм реалізації установчої влади в частині ухвалення нової Конституції. Що стосується внесення змін, то питання виникають щодо ролі народу у цьому механізмі, а також вдосконалення відповідного механізму в цілому.

Варто визнати, що на практиці доктрина установчої влади досить сильно впливає на сучасну конституційну парадигму України. Можна однозначно стверджувати, що в науці, а також на рівні юриспруденції, виробленої Конституційним Судом України, сприйняття ідеї установчої влади присутнє.

Що стосується внесення змін, то Конституція України, ухвалена 28.06.1996 року, довгий час залишалася незмінною. Проте достатньо довгий період стабільності закінчився у зв'язку з ухваленням славнозвісної конституційної реформи 08.12.2004 року. Згодом Конституція змінювалася також у 2011, 2013, 2016, 2019 (двічі) роках. Проте саме конституційна реформа 2004 року стала тим наріжним каменем, який породив не тільки науково-теоретичні дискусії, але й два безпрецедентних рішення українських органів влади – Конституційного Суду України у 2010 році, а також Верховної Ради України – у 2014 році. Мова йде про «відновлення» дії тексту КУ, яке спочатку відбулося за рішенням КСУ, а згодом відбулося відновлення реформи 2004 року за рішенням парламенту.

При цьому саме доктрина установчої влади все частіше використовується як певна передумова, що лежить в основі конституційного порядку, на

якій ґрунтується Конституція України і яка визначає подальші шляхи конституційного реформування. Проте щодо її розуміння існують досить великі розбіжності, передусім на практиці.

Доктрина установчої влади ставала не тільки реальною теоретичною передумовою для наукових розробок, а й вкорінювалася в судовій практиці, практиці КСУ, використовувалася для обґрунтування окремих законів (зокрема, йдеться про Закон «Про всеукраїнський референдум» від 6 листопада 2012 р. № 5475-VI в частині, що дозволяв ухвалювати нову редакцію Конституції на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою).

Практика внесення змін до Конституції України показала неузгодженість в розумінні оригінальної і інституційної установчої влади. Мова йде про конституційну реформу 2004 р., втручання в цю реформу Конституційним Судом України у 2010 році і її повернення парламентом у 2014 році. У 2004 році критики зауважували, зокрема, про узурпацію установчої влади парламентом, у 2010 році – Конституційним Судом України і в 2014 році – знову парламентом. Навпаки, прихильники установчої влади вітають здійснення парламентом установчої влади у 2014 році. Про установчу владу прямо йдеться в постанові Верховної Ради України від 22 лютого 2014 року № 750-VII «Про текст Конституції України в редакції 28 червня 1996 року, із змінами і доповненнями, внесеними законами України від 8 грудня 2004 року № 2222-IV, від 1 лютого 2011 року № 2952-VI, від 19 вересня 2013 року № 586-VII», але трохи під іншим кутом – як претензія до узурпації з боку КСУ права здійснювати установчу владу, що належить парламенту (забуваючи при цьому, до речі, про народ). Доктрина установчої влади покликана була легітимізувати не лише відновлення тексту Конституції зі змінами 2004 року в лютому 2014 року, а й звільнення суддів КСУ парламентом за порушення присяги у тому ж 2014 році. Це, зокрема, визнав і Верховний Суд (постанова Великої

палати Верховного Суду від 20 січня 2021 року (справа № 800/162/14, провадження № 11-872зай19)).

В аспекті прийняття нової Конституції України періодично з'являються ідеї скликання установчих зборів, конституанти тощо. Доктрина установчої влади була, так чи інакше, покладена в основу функціонування спочатку Конституційної Асамблеї, а згодом і інших допоміжних органів при Президентові України.

Отже, ідея подальшого конституційного реформування та навіть повного конституційного оновлення, без перебільшення, залишається, однією з ключових в сучасному правовому дискурсі. Саме тому ефективна її реалізація можлива тільки при ґрунтовному осмисленні природи конституції і доктрини установчої влади, що її породжує.

Сьогодні особливим викликом є російська збройна агресія, що посягає на незмінюваний конституційний принцип, що був сформульований установчою владою у 1996 році, – принцип територіальної цілісності. Маємо також заборону на внесення змін до Конституції України в умовах воєнного стану, який діє з 24 лютого 2022 року. Ці виклики обумовлюють нашу особливу увагу до згаданих проблем і, на жаль, стримують поступальний конституційний розвиток України на шляху до євроінтеграції, курс на яку був конституціоналізований у 2019 році і який зараз активно впроваджується. Тому окрема увага приділена багаторівневому конституціоналізму і проблемі установчої влади в ЄС.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертація виконана відповідно до плану наукових досліджень кафедри конституційного права України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого в межах цільової комплексної програми «Конституційно-правові проблеми забезпечення верховенства права у функціонуванні механізму публічної влади в Україні» (номер державної реєстрації 0111U000966).

Тема дисертації затверджена рішенням вченої ради Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (протокол № 11 від 24.04.2024 року).

Мета і завдання дослідження. Метою дослідження є розробка сучасної доктрини конституції як акта установчої влади, встановлення меж здійснення установчої влади, з'ясування специфіки реалізації доктрини конституції як акта установчої влади в Україні, а також надання науково обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення процедури внесення змін до Конституції України і процедури прийняття нової Конституції України.

Відповідно до вказаної мети було поставлено наступні *завдання*:

- з'ясувати історичні аспекти формування конституцій;
- визначити дуалізм формального і матеріального значення конституції;
- окреслити характеристику конституції у формальному значенні;
- сформулювати сутність нормативності конституції і її реальності (онтологічну класифікацію конституцій);
- визначити способи легітимації конституції;
- з'ясувати сутність установчої влади та здійснити її класифікацію;
- визначити сутність суверенної теорії установчої влади та ризики зловживання нею;
- надати характеристику постсуверенної парадигми установчої влади;
- виокремити підходи до розмежування конституційного континуїтету і конституційної революції;
- з'ясувати вплив багаторівневого конституціоналізму на трансформації установчої влади (на прикладі ЄС);
- встановити загальну характеристику обмежень установчої влади;
- з'ясувати сутність незмінюваних положень конституції;
- здійснити компаративний аналіз судового контролю за внесенням змін до конституції;

- надати характеристику судовому тлумаченню як неформальних змін конституції;
- з’ясувати історичну генезу доктрини установчої влади в Україні;
- визначити роль установчої влади у процедурі внесення змін до чинної Конституції України;
- встановити сутність незмінюваних положень Конституції України;
- надати характеристику судовому контролю за законами про внесення змін до Конституції України;
- з’ясувати перспективи прийняття нової Конституції України в аспекті доктрини установчої влади.

Об’єктом дослідження виступають правові відносини щодо конституційно-правового регулювання реалізації установчої влади, що втілюється у конституції .

Предметом дослідження є конституція як акт установчої влади.

Методи дослідження. Заради досягнення мети і поставлених завдань робота побудована на загальних і спеціальних методах наукового дослідження. За допомогою логічного методу сформульовано основні терміни, поняття, а також проведено класифікації (розділи 1, 2, 3, 4). Історичний метод став в нагоді для дослідження розвитку історії конституції (підрозділ 1.1), прийняття Конституції України і історичних аспектів розділу установчої влади в Україні (підрозділ 4.1), системний метод був використаний для з’ясування форм судового контролю за внесенням змін до конституції (підрозділи 3.3 і 4.4), формуванні дуалізму матеріального і формального значення конституції (підрозділ 1.2), системи обмежень установчої влади (розділ 3), системи незмінюваних положень Конституції України (підрозділ 4.3), дослідженні процедур внесення змін до чинної Конституції (підрозділ 4.2.), багаторівневого конституціоналізму (підрозділ 2.5), сутності установчої влади та її класифікації (підрозділ 2.1). Статистичний метод використовувався для надання ха-

рактеристики незмінюваних положень конституції (підрозділ 3.2.), судового контролю за законами про внесення змін до Конституції України (підрозділ 4.4.). Такі методи як індукція і дедукція були використані для формулювання сутнісних характеристик суверенної теорії установчої влади (підрозділ 2.2), онтологічної класифікації конституцій (підрозділ 1.4), особливостей судового тлумачення як неформальних змін до конституції (підрозділ 3.4). Порівняльно-правовий метод застосовувався для дослідження постсуверенної парадигми установчої влади (підрозділ 2.3), судового контролю за внесенням змін до конституції (підрозділ 3.3). Із використанням формально-юридичного методу було критично проаналізовано чинне законодавство і розроблено різні пропозиції щодо його зміни (розділи 3, 4). Цей метод також був застосований при тлумаченні та аналізі законопроектів про внесення змін до Конституції України (підрозділ 4.4). Метод «кейс-стаді» використано при дослідженні практики зарубіжних конституційних і верховних судів, а також Конституційного Суду України (розділ 4), інших судових рішень (розділи 1, 2, 3).

Наукова новизна одержаних результатів. Робота є першим у науці конституційного права України комплексним науково-правовим дослідженням конституції як акта установчої влади. За наслідками здійсненого наукового дослідження сформульовано такі положення, а також зроблено обґрунтовані висновки, що характеризуються науковою новизною:

уперше:

- сформульовано пропозицію переглянути формулювання ч. 3 і ч. 4 ст. 5 Конституції України в частині заборони узурпації права визначати і змінювати конституційний лад, а також узурпації державної влади на користь заборони узурпації саме народного суверенітету;
- обґрунтовано критичний підхід до юридичних позицій КСУ, висловлених в рішеннях від 5 жовтня 2005 року N 6-рп/2005 і від 16 квітня 2008 ро-

ку № 6-рп/2008 року щодо можливості прийняття нової Конституції на референдумі за народною ініціативою;

– аргументовано суперечливість і недосконалість в умовах процедурного континуїтету юридичної позиції КСУ, висловленої в рішенні від 27 березня 2000 року N 3-рп/2000 (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою), щодо необхідності попереднього визначення волі народу в разі виникнення питання про прийняття нової Конституції;

– сформульовано пропозицію щодо експліцитного регулювання в тексті Конституції України наслідків визнання актів неконституційними, взявши за зразок положення Конституції Португалії (ст. 282);

– здійснене комплексне обґрунтування позиції, що з формальної сторони при прийнятті Конституції у 1996 році Верховною Радою України була реалізована саме інституційна установча влада;

– наведені пропозиції щодо тлумачення положення ч. 3 ст. 5 в частині внесення змін до Конституції України з позицій: 1) єдності конституційної матерії, багаторівневого дизайну як такого із акцентом на гарантуванні народного волевиявлення; 2) розмежування зміни і визначення нового конституційного ладу; 3) критерію для прийняття нової конституції (як матеріальне обмеження установчої влади);

– сформульовано позицію щодо визнання неформальних змін конституції як об'єктивної межі можливостей конституцієдавця (як обмеження установчої влади);

– сформульовано аргументи щодо неможливості повного відходу від суверенної парадигми установчої влади на користь постсуверенної парадигми, остання може лише доповнювати класичну суверенну теорію;

– аргументовано висновок про недоцільність використання конструкції «викладення Конституції України в новій редакції», «нова редакція Конституції України» (рішення КСУ від 16 квітня 2008 року № 6-рп/2008, Закон

«Про всеукраїнський референдум» від 6 листопада 2012 р. № 5475-VI, законопроект Президента України "Про внесення змін до Конституції України" від 31 березня 2009 року за № 4290) і пропозиція щодо відмови від використання таких конструкцій в контексті України в майбутньому;

удосконалено:

– класифікацію підходів до конституції: 1) формальний – конституція – це єдиний писаний акт або сукупність актів (несистематизована конституція або у формі «конституційного блоку»), що має найвищу юридичну силу і особливий порядок зміни; 2) матеріальний – сукупність норм, що містяться в одному або різних джерелах (наприклад, Велика Британія), які регулюють устрій держави без формально вищої юридичної сили і ускладненого порядку внесення змін. В рамках матеріального підходу виокремлюється два підходи: 1) релятивістський – допустимим є будь-який устрій і його принципи; 2) обмежувальний – устрій має обов'язково ґрунтуватися на нормах, що гарантують права людини, поділ і обмеження державної влади;

– підхід, відповідно до якого установча влада розуміється як сукупність вимог такої демократичної неспозитивної легітимності, що засновані на процедурах прийняття і внесення змін до конституції народом, тобто виключно як демократична легітимація (а не монархічна);

– розуміння матеріального значення конституції як такого, що стосується лише певного державного і політичного устрою, а не будь-якого, тим самим підтримується використання матеріального значення конституції виключно як ціннісного, а також наголошується на розумінні призначення конституції – обмеження влади;

– тезу про необхідність перегляду повноваження КСУ щодо офіційного тлумачення Конституції за рахунок прив'язки його до вирішення компетенційних конфліктів (з огляду на зарубіжний досвід, рекомендації Венеційської комісії і українську практику застосування відповідного повноваження);

– підходи до розуміння легітимності конституції, яка може ґрунтуватися 1) на принципі ефективності – конституцією є діючий акт (підстави і обставини, які сприяли появі конституції, знаходяться поза правом і питаннями нормативності), 2) на неперитивних способах легітимації, зокрема, за допомогою використання класичної доктрини установчої влади. Можливий також компромісний підхід між принципом ефективності і неперитивним підходом до легітимації, що намагається їх в тій чи іншій формі поєднати між собою постсуверенна теорія установчої влади, створюючи інтегративний підхід до легітимності конституції і використовуючи всі існуючі способи легітимації (застосування тимчасових конституцій, легітимацію через зміст, договірні елементи, постійно відтворювана легітимність за допомогою поєднання неформальних змін конституції і класичних процедур здійснення установчої влади як такої);

– підходи до розуміння співвідношення формального і матеріального аспектів конституційного континуїтету. У формальному аспекті йдеться про дотримання попереднього права з точки процедурних аспектів при прийнятті нових норм, створення нової конституції або внесенні змін до чинної. У матеріальному значенні континуїтет прив'язаний до певних принципів (конституційної традиції). Незалежно від дотримання формальних правил щодо прийняття тексту конституції, певні ключові положення можуть зберігатися, тому щодо таких положень зберігається змістовний континуїтет. Може бути і протилежна ситуація – дотримання формального континуїтету при прийнятті конституції або внесенні змін до чинної може сутнісно позначати повний розрив із попередніми принципами;

– тезу про те, що ідея необмеженої установчої влади є міфом, а більш обґрунтованою і коректною є ідея обмеженості як первинної (оригінарної) установчої влади, так і інституційної установчої влади;

– аргументи щодо недоцільності продовження практики висловлення «застережень» у висновках КСУ щодо перевірки законопроекту щодо внесення змін до Конституції України на відповідність положенням ст. 157 і 158 Конституції України, а також необхідності у зв'язку із цим змін до Регламенту Верховної Ради України;

набули подальшого розвитку положення щодо:

– класифікації здійснення установчої влади на таку, що здійснена із дотриманням процедурного континуїтету або без такого. Із дотриманням процедурного континуїтету виокремлено повний перегляд і внесення змін, а без його дотримання, - прийняття нової конституції і внесення змін до чинної (конституційна революція);

– розмежування в рамках інституційної установчої влади внесення змін і повного перегляду конституції;

– необхідності встановлення в Конституції України такої процедури прийняття нової Конституції, де б вона приймалася Установчими зборами або парламентом і лише потім затверджувалася на референдумі (виключаючи референдум за народною ініціативою для прийняття нової конституції);

– запровадження народної конституційної ініціативи щодо подання законопроекту про внесення змін до Конституції України;

– змістовного наповнення моделей зв'язку матеріальної і формальної конституції. Перша модель допускає, що у формальному джерелі під назвою «конституція» містяться деякі норми, які не належать до матеріальної конституції. Друга модель передбачає, що матеріальна конституція є ширшою за формальну. Причому обидві моделі можуть доповнювати одна одну, а другу взагалі можна вважати загальним правилом;

– недосконалості дескриптивного (описового) формату вивчення конституції, чи то в матеріальному, чи то в формальному значенні. Наголошу-

ється, що писана конституція (за наявності) має тлумачитися у зв'язку із неписаними принципами обмеженого правління;

– ідеї про дуальність (єдність) формальної і матеріальної конституції. Формальна конституція – має ґрунтуватися і втілювати матеріальну конституцію як певні важливі принципи конституціоналізму;

– ключових факторів появи популізму, до яких належать: 1) проблеми викликані глобалізацією; 2) відсутність у демократизації термінального вектору, тобто незворотності цього процесу; 3) боротьба між прямою і представницькою демократією, а також претензії до представницької демократії як справи еліт;

– підходів до багатотекстовості, несистематизованості конституційного тексту, а також доктрини конституційного блоку, перспективи для України визнання доктрини конституційного блоку щодо Акта проголошення незалежності України 1991 року, але відсутності таких перспектив для Декларації про державний суверенітет України 16 липня 1990 року. Обґрунтовується ідея надконституційності, коли деякі елементи конституційного блоку не є класичними актами установчої влади (наприклад, ті, що проголошують незалежність), і самі накладають на класичну установчу владу ряд обмежень;

– аргументи щодо необґрунтованості рішення КСУ від 30 вересня 2010 року;

– пропозиції щодо запровадження розпуску парламенту як обов'язкової стадії внесення змін до Конституції при реформуванні чинного Основного Закону;

– характеристика популізму як підходу, що може бути також названий як неліберальна демократія і який ми вважаємо антиконституціоналізмом, що маніпулює одним із радикальних прочитань (тлумачень) установчої влади;

– підхід, за яким глобальний конституціоналізм у вузькому значенні як перспективний рівень багаторівневого конституціоналізму сьогодні відсутній, оскільки відсутній світовий уряд і всесвітня конституція;

– підхід щодо недоцільності повноцінного використання доктрини установчої влади в рамках ЄС до того моменту, поки останній не набуде статусу федеративної держави;

– зв'язок ідеї обмеження первинної установчої влади із ідеєю надконституційності. Обмеження установчої влади виникають і діють у тих випадках, коли органи установчої влади зіштовхуються з іншими видами легітимності, що існують в правовому порядку як зовні (міжнародне право), так і в середині (природно-правова, звичаєва легітимація). Крім того, обмеження також накладає сама суть установчої влади, тобто ці обмеження пов'язані з внутрішньою природою самого явища. Це певне мінімальне демократичне ядро, яке має бути присутнє у процесі здійснення установчої влади;

– переліку обмежень установчої влади (як первинної, так і інституційної), які можуть бути як матеріальні (змістовні), так і процедурні;

– основних аспектів судового перегляду (розгляду, контролю) змін до конституції. Перший – змістовний (матеріальний) стосується того, наскільки зміни відповідають матеріальним (substantive) обмеженням, встановленим в конституції (або таким, що імпліцитно з неї випливають). Другий аспект – процедурний (формальний), стосується того, наскільки дотримуються вимоги до процедури внесення змін, яка встановлена в конституції;

– переліку основних підходів у правовій доктрині і в практиці органів конституційного контролю різних країн щодо права органу конституційного контролю розглядати закони щодо внесення змін до Конституції (наступного конституційного контролю), які зводяться до заперечення такого контролю і його визнання. В останньому випадку таке визнання може бути здійснене са-

ним органом конституційного контролю як результат тлумачення своїх повноважень без його експліцитного закріплення (Індія, Колумбія тощо);

– переліку незмінюваних положень конституції (застереження про незмінюваність, застереження про вічність, формула (клаузула, гарантія) вічності чи незмінюваності), які можуть бути як експліцитними, так і імпліцитними і виводитися самим органом конституційного контролю в процесі тлумачення конституції;

– теза про те, що експліцитний попередній контроль за внесенням змін до конституції з боку конституційних судів – тренд пострадянський (Україна, Молдова, Таджикистан, Киргизстан, Азербайджан, Вірменія) і постсоціалістичний (Косово, Румунія), а його успіх, позитивні і негативні сторони цілком індивідуальні і залежать від його моделі в конкретній країні і її контексту.

Практичне значення одержаних результатів. Дане наукове дослідження має як теоретичне, так і практично-прикладне значення. Одержані результати і зроблені висновки у подальшому можуть бути використані:

– у науково-дослідній сфері – для дослідження питань теорії конституції, конституціоналізму, установчої влади, внесення змін до конституції, континуїтету і конституційної революції, здійснення конституційного правосуддя і вивчення проблемних питань інституту конституційного контролю;

– у правотворчості – при підготовці законопроектів щодо внесення змін до Конституції України, змін до Законів України «Про Конституційний Суд України», «Про Регламент Верховної Ради України», «Про правотворчу діяльність», законопроекту «Про конституційне провадження»;

– у практичній діяльності – при розгляді конституційних подань, конституційних звернень Конституційним Судом України, розгляді справ Верховним Судом, іншими суб'єктами правозастосування;

– у навчальному процесі – при підготовці підручників і посібників, а також інших навчальних, навчально-методичних матеріалів із дисциплін «Конституційне право», «Конституційне право України», «Публічне право: сучасні доктрини в судовій та правозастосовній практиці», «Теорія та практика конституційного судочинства», «Конституція як акт установчої влади», а також при здійсненні викладання вказаних дисциплін у закладах вищої освіти, де відбувається підготовка фахівців в рамках правничих спеціальностей.

Особистий внесок здобувача. Дисертація є кваліфікаційною науковою працею, наукова новизна, висновки та пропозиції сформульовані автором самостійно й обґрунтовані на підставі особистих досліджень.

Деякі статті, що відображають результати роботи, написані у спів-авторстві. Особистий внесок здобувача у цих статтях полягає:

«Some issues of constitutional justice in Ukraine» – аналіз проблем легітимності і політизації конституційного судочинства, позицій Венеційської комісії щодо можливості конституційних судів діяти від імені установчої влади, практики ЄСПЛ щодо статусу Конституційних Судів, а також впливу рішень КСУ на судову практику;

«Preliminary Judicial Control of Amendments to the Constitution: Comparative Study» – розкрито проблематика попереднього судового контролю за внесенням змін до конституції в аспекті дослідження порівняльного досвіду різних країн і позицій Венеційської комісії, виокремлено експліцитний і імпліцитний різновид такого контролю, автором здійснені узагальнення та висновки;

«Конституційна ідентичність як втілення установчої влади» – автором досліджене співвідношення конституційної ідентичності та установчої влади, досвід Конституційного Суду ФРН і Угорщини, виокремлений внутрішній і зовнішній аспект конституційної ідентичності, а також проаналі-

зовані загрози, які в сьгоднішній науці пов'язують саме із доктриною конституційної ідентичності;

«Unamendable Provisions of the Constitution and the Territorial Integrity of Ukraine» – розкрита проблематика територіальної цілісності в контексті загальної теорії незмінюваних положень конституції в порівняльному аспекті, особливості втрати чинності незмінюваними положеннями конституції і доктринальні питання їх визначення, а також надана оцінка порушення територіальної цілісності в контексті українського досвіду і охарактеризована специфіка її захисту засобами конституційного судочинства;

«Чи здатна захистити себе демократія в умовах війни? (на досвіді державного будівництва під час російської агресії)» – розкрита проблематика територіальної цілісності як об'єкту захисту засобами воєнної демократії і формами незмінюваності в рамках позицій Венеційської комісії, зарубіжних вчених, а також новітнього українського досвіду після 24 лютого 2022 року.

Апробація результатів дослідження. Наукове дослідження було виконано й обговорено на кафедрі конституційного права України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого. Основні висновки були представлені на міжнародних, всеукраїнських конференціях, семінарах, круглих столах, форумах, вебінарах і заходах із підвищення кваліфікації: «Державний суверенітет і народний суверенітет в сучасних умовах. VII Тодиківські читання» (м. Харків, 26-27 вересня 2014 року); «Конституція як основа розвитку правової системи: VIII Тодиків. читання» (м. Харків, 2-3 жовт. 2015 р.); «Теорія та практика сучасної юриспруденції: VI Всеукр. наук.-практич. конф.» (м. Харків, 2 лист. 2015 р.); «Круглий стіл до 20-ї річниці Конституції України «Історія сучасного українського конституціоналізму» (м. Харків, 8 червня 2016 року); «Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина: IV Міжнар. наук.-практ. конф.» (м.

Полтава, 26 трав. 2016 р.); «Юридична осінь 2018 року» (м. Харків, 14 листоп. 2018 р.); «Сучасний вимір прав людини: конституційний контекст. XI Тодиків. читання» (м. Харків, 26-27 жовт. 2018 р.); «Публічне адміністрування в умовах змін та перетворень: проблеми організації та правового забезпечення: III Міжнар. наук.-практ. конф.» (м. Харків, 11-12 квіт. 2019 р.); «Парадигми конституційного права: історія та сучасність. XII Тодиківські читання» (м. Харків, 1-2 листоп. 2019 р.); Круглий стіл «Український конституціоналізм у сучасному вимірі» (м. Харків, 24 червня 2019 р.); «Юридична осінь 2019 року» (м. Харків, 29 листоп. 2019 р.); Круглий стіл «Історія державотворчих процесів в Україні і зарубіжних країнах (до 30-ї річниці незалежності України та 25-річчя конституції України)» (м. Харків, 27 травня. 2021 р.); Всеукраїнський круглий стіл з міжнародною участю «Фундаментальні проблеми юриспруденції III. Межі права» (м. Харків, 28–29 травня 2021 року); «Сучасні конституційні доктрини: проблеми формування та застосування в юрисдикційній практиці» (м. Харків, 11 червня 2021 року); науково-педагогічне підвищення кваліфікації з юридичних наук (Донецький державний університет внутрішніх справ, Куявський університет у Влоцлавеку, Центр українсько-європейського наукового співробітництва) «Удосконалення професійної компетентності викладача юридичних дисциплін»: (онлайн, 15 листопада-26 грудня 2021 року); «Український конституціоналізм: виклики, народжені свободою» (м. Харків, 23 грудня 2022 року); Науково-педагогічне стажування («Vasile Goldiș» Western University of Arad, Румунія, North University Center of Baia Mare, Румунія, Institute of professional development, Словаччина, Association of International Educational and Scientific Cooperation, Україна) з юридичних наук (онлайн, 4 квітня – 13 травня 2022 року); «Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: VI Міжнар. наук.-практ. конф.», (м. Чернівці, 21 жовтня 2022р.); «Національна безпека як конституційна цінність: сучасні виклики: Міжнар. наук.-практ.

конф. з нагоди Дня Конституції України»,(м. Харків, 22 черв. 2023 р.); «Конституційна та адміністративна процедура: міжнародний досвід та національна практика.»,(м. Чернівці, 2 травня 2023р.); «Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: VII Міжнар. наук.-практ. конф.», (м. Чернівці, 27 жовтня 2023р.); «Права людини та демократія як фундаментальні основи українського конституціоналізму», (м. Харків, 24 листопада 2023 року).

Структура та обсяг дисертації зумовлені предметом, метою і завданнями роботи. Дисертація складається зі вступу, чотирьох розділів, що об'єднують дев'ятнадцять підрозділів, висновків, списку використаних джерел і додатку. Загальний обсяг дисертації складає 596 сторінок, з них основного тексту – 499 сторінок, список використаних джерел – 816 найменувань на 88 сторінках.

РОЗДІЛ 1

СУЧАСНА ТЕОРІЯ КОНСТИТУЦІЇ

1.1. Історичні аспекти формування конституцій

Однією з ключових проблем теорії конституції є встановлення точки відліку – часового періоду або конкретної дати, з якої ми можемо стверджувати про появу конституції. Але насправді відповідь на це питання має враховувати той факт, що сучасні правові явища мають свою передісторію, історичну генезу, що суттєво впливає на їх остаточне формування. Цю тезу цілком можна поширити і на конституцію. Тобто виникнення перших конституцій відбулося не одномоментно, а мало свої передумови. Як стверджує А. Шайо, конституція стає тим, у що її перетворюють протягом життя, однак якщо ми захочемо дати їй визначення, орієнтиром тут, буде її виникнення, а найбільш цікавим – те, що їй передувало [366].

Більше того, еволюція конституції навіть сьогодні не зупинилася, вона відбувається постійно. Так чи інакше, вчені намагаються звернутися до витоків конституції, щоб краще зрозуміти саме явище. Отже, ми не можемо оминути відповідний історичний контекст еволюції конституції, тому маємо розглянути відповідні підходи.

Авторитетний німецький вчений і конституціоналіст Д. Грімм стверджує, що конституція є новою розробкою, новим явищем, хоч і цей факт не є самоочевидним з огляду на набагато давніше використання цього терміну та його постійне застосування до старіших епох [205, р. 41]. Вчений стверджує, що термін «конституція» або його еквівалент іншими мовами, хоч і існував задовго до появи сучасних конституцій, але він позначав інший об'єкт – спочатку він використовувався для опису стану людського тіла, але незабаром був застосований до політичного тіла, але не в нормативному сенсі, а як опис

ситуації в країні, що визначається низкою факторів, таких як її географія, клімат, її населення, її закони тощо [325, р. 100].

Г.Франкенберг пропонує зменшити багатозначність терміна «конституція» і не враховувати композицію, структуру та склад речей, а також здоров'я, силу та життєву силу тіла [178, р. 19]. Водночас ми би не ігнорували повністю значення конституції як структури, будови, принаймні в аспекті т.з. «політичного тіла», як було прийнято казати в Середньовіччі, тобто стосовно держави. Саме в значенні устрою держави і будови влади поряд із значенням фундаментального закону (*fundamental law*) термін «конституція» вживався найчастіше. Використовувалися й інші значення і відтінки.

Вивчення еволюції конституції є важливим для того, щоб усвідомлювати справжню природу і складність цього явища в сьогоденному контексті. Адже досвід скоріше накопичується, ніж зникає (губиться), а сучасні конституції – це результат нашарування значних історичних пластів.

Одразу варто зазначити, що деякі вчені оперують поняттям конституції стосовно античних міст Давньої Греції і Риму і згодом – Середньовіччя, визнаючи існування конституції в матеріальному, а іноді навіть – в формальному значеннях. Інші вчені наголошують на тому, що джерелом появи конституцій слід вважати британську практику або практику британських колоній в Америці, а згодом – окремих держав (штатів) Америки. Остаточна конституція як явище у сучасному розумінні постає у практиці США і Франції.

Ми є прихильниками поміркованого підходу і вважаємо, що теорія і практика конституціоналізму не змогла б з'явитися у Новий час, не маючи античного підґрунтя, а згодом – і підґрунтя у вигляді вчень і відповідної практики у Британії, континентальній Європі і американських колоніях, а згодом – штатах. Водночас названі історичні періоди і відповідна теорія і практика, що в них існувала, мали суттєві відмінності щодо сучасного розуміння конституції, яке, все ж, дійсно, виникло саме в Новий час. При цьому

попередні періоди не варто нівелювати, цей досвід варто розглядати з позицій генези сучасних конституцій.

Отже, розглянемо найбільш поширені підходи щодо виникнення конституцій. На думку К. Льовенштайна, євреї були першим народом, що відчув конституціоналізм і жив ним, створивши теократію [288, s. 132]. Підхід К.Льовенштайна досить оригінальний, оскільки розвиток перших протоконституцій частіше пов'язують із давніми греками і римлянами. Разом з цим, у нього ми бачимо насправді дуже важливу ідею про те, що божественне обмеження влади створило ґрунт для ідеї обмеження влади як такої. Водночас розгляд теократичного правління як власне конституціоналізму *per se* є насправді доволі спірною ідеєю. Та в окремих аспектах, як генетичне джерело конституційної ідеї, воно все ж може сприйматися.

Більш популярною є ідея про античні джерела появи конституцій. Монтеск'є писав, що Конституції Риму та Афін були дуже мудрими [646, с. 401]. Античні витоки конституції описує О.М. Бориславська [484, с. 106]. С.В. Шевчук пише про основні закони давньогрецьких полісів як про конституції [803, с. 127; 804, с. 137]. На думку Ю.О. Волошина і А.М. Пересади, аналоги конституцій мали грецькі міста-поліси [506, с. 68]. В.Й. Старосольський, український вчений-емігрант і учень Г.Еллінека, вважав, що поняття конституції в розумінні законних постанов, що дають державі її устрій, організацію, знала вже Давня Греція, де розрізнялися звичайні закони та закони, що на них засновується сам устрій держави [742, с. 155].

На думку авторитетного дослідника конституціоналізму Г. Макілвейна, дві форми раннього конституціоналізму виражені грецькою *politeia* і латинською *constitution* [302, р. 26]. При цьому Г. Макілвейн розглядає досить детально вчення Платона в аспекті конституціоналізму [302, р. 27-36]. Треба підкреслити, що Платон оперує терміном «політія» («*politeia*»), іноді перекладають також як «політейя», це різні варіанти транскрипції грецького

«πολιτεία»), таку назву має його праця, перекладена українською як «Держава» [661]. Такий переклад, до речі, зроблений не просто так, оскільки все ж таки, судячи з ідей Платона, тотожність політії і конституції – не таке однозначне і розуміння політії саме як конституції є досить спірним підходом.

Вчення про політію знаходимо і Аристотеля, який у праці «Політика» (грец. Πολιτικά) виокремлював чотири види державного устрою: монархія, олігархія, демократія і так звана аристократія. П'ятий вид державного устрою носить назву, що слугує позначенням державного устрою взагалі, – його він називає просто політією [451]. Важливі інтерпретації вчення Аристотеля. Саме політію, як правило (але не завжди) у Аристотеля розуміють як конституцію. Працю Аристотеля «Афінська політія» (Athēnaiōn politeia) часто перекладають саме як «Афінська конституція» [30; 31; 32]. Тому із посиланням саме на аристотелівську політію історичні дослідження оперують поняттям «афінська конституція» [232]. Саме значення політії у цій праці і вважається найближчим до поняття конституції. Тому поширеною є інтерпретація вчення Аристотеля як вчення про теорію змішаної конституції. За цим підходом політія у Аристотеля є різновидом конституції поряд з іншими формами [75; 282]. Якщо розглядати погляди Аристотеля під кутом теорії змішаної конституції, до найбільш доречний аналіз роблять М.Голдоні і М. Вілкінсон. Вони зазначають, що за Аристотелем змішана конституція — це не юридичне поняття, а ідеальне. Мета змішаної конституції полягає в наблизненні синтезу основних форм правління: монархії, аристократії та демократії [402, р. 3].

Що стосується поглядів Аристотеля і Платона в контексті вживання терміна «політія» в сенсі конституції, то найбільш вдалим поясненням вважаємо те, яке надав Ф. Вольф. Він виокремлює два значення політії: 1) спосіб, яким поліс як спільнота розподіляється серед тих, кого він визнає своїми членами («громадянство»), або об'єктивну організацію функцій керування й управління, себто способом, яким влада полісу забезпечується колективно

(«режим», «устрій»); 2) «конституція», за умови повного усунення з цього терміна ідеї фундаментального закону, написаного а priori [542, с. 308-309].

При цьому Ж. Дюк вважає, що будь-яка спроба застосувати аристотелівські політичні категорії до принципів сучасного конституціоналізму ризикує стати анахронізмом. Він наводить відмінності між давньогрецькою політеєю у Аристотеля і сучасною конституцією. Водночас, на думку вченого, центральні принципи сучасної ліберальної конституції можуть бути з'ясовані в пояснювальній рамці аристотелівської концепції *politeia* як політичного визначення інституційних структур і компетенції, орієнтованих на інтерпретацію суспільного блага [151; 152].

Д. Г. Себайн і Т. Л. Торсон вказують, що ідеалом Аристотеля було конституційне правління – ні в якому разі не деспотичне [726, с. 111]. В цьому ключі, мабуть, треба розглянути тезу К. Льовенштайна про те, що у Греції за два коротких і блискучих століття виникла «повністю конституціоналізована політична цивілізація (*fully constitutionalized political civilization* – англ.) / повноцінна конституційна державність (*vollkommener Verfassungsstaatlichkeit* – нім.) [286, р. 129; 288, с. 133].

Тут ми стикаємося з семантичною пасткою. Звичайно, ніде в Аристотеля термін «конституційне правління» ми не знайдемо. Це лише інтерпретація його поглядів з позицій сучасності. Але ця інтерпретація досить показова. Обмежене, недеспотичне правління сьогодні вже настільки часто називають саме конституційним, що таке твердження не викликає жодних сумнівів. Таким чином, науковці аналізують праці вчених попередніх періодів із позицій сьогодення, сьогоdnішнього лексичного набору, якому відповідають певні поняття. Ця обставина сильно впливає на об'єктивну картину розуміння вчення того чи іншого автора, який жив набагато раніше за нас.

Якщо ж перейти до практики Давнього Риму, то, на відміну від Давньої Греції, вже виникає сам термін «конституція», його семантика пов'язана із

латиною. Як стверджує В. Шаповал, сам термін «конституція» походить з державної практики Стародавнього Риму [532, с. 111-112; 798, с. 60]. І тут ми бачимо різні підходи вже сучасних вчених до інтерпретації римського спадку. Частина вчених наголошує на появі у Давньому Римі формального поняття конституції. Частина – пише про поняття матеріальне.

Припускається, що першим, хто використав термін «конституція» стосовно до устрою уряду в контексті республіканського Риму, став Цицерон (106-43 рр. до н.е.) (лат. *haec constitution*, в буквальному значенні – «це встановлення») [302, р. 25; 369, р. 21]. Цицерон у своїй відомій праці «*de Re Publica*» писав: «Ця конституція (*haec constitutio*) має велику рівновагу, без якої люди навряд чи можуть залишатися вільними протягом якогось тривалого часу» [95]. В.Й. Старосольський вбачає значення конституції як устрою у тому, що завдання магістратури, покликаної до законодавства в справі самого устрою держави, сформульовано: «*rem publicam constituere*» [742, с. 155].

З іншого боку, при цьому термін «конституція» мав і інше – формальне значення. У Римській імперії слово «конституція» в латинській формі стало технічним терміном для законодавчих актів імператора [302, р. 23]. Ю.О. Волошин і А.М. Пересада вбачають в актах імператорської влади в Римі, які іменувалися конституціями, вищу юридичну силу [506, с. 68]. Та все ж, як влучно вказував Ю.М. Тодика, в працях римських юристів термін «конституція» не розглядався в розумінні основного закону, як це ми розуміємо зараз [770, с. 9].

Тобто, незважаючи на існуючі формальні значення терміна «конституція» (поряд із матеріальним значенням), все ж таки у Давньому Римі ми не знаходимо ще повноцінного сучасного розуміння конституції як акта вищої юридичної сили, а також акта, що формалізовував би обмежене правління (якщо брати матеріальне значення – сам устрій не розглядався як чимось обмеженим). Найбільш яскраво критику античного періоду з огляду на можли-

вості оперуванням щодо нього терміном «конституція», навіть в якості витоків сучасного поняття конституції, наводить Дж. Сарторі [372, р. 853-854; 725, с. 187]. Досить гостро критикує намагання шукати конституції у античному періоді і В.М. Шаповал, який категорично заперечує існування конституцій у античні часи [676, с. 291-292].

Якщо розсудливо підходити до оцінки античного періоду, то в цілому, досить обґрунтованими є міркування Г. Макілвейна. Він вважає, що концепція конституціоналізму, що ґрунтується на уявленні про право, що панує загалом у цей період, є конституцією у примітивному сенсі – як цілісної природи або «композиції» речі [302, р. 36].

Саме тому після античного періоду доречно звернутися до розвитку конституції у Середньовіччі. В цей період розвиток Англії і континентальної Європи мав багато спільного, проте певні особливості розвитку спонукають для розгляду їх окремо один від одного. Обираючи спочатку розгляд досвіду Англії (яка трохи пізніше шляхом об'єднання перетворюється на Велику Британію (Сполучене королівство)), ми віддаємо належне вже наведеному міркуванню Д.Сарторі, а також інших авторів щодо тези про англійські (а не античні і не європейські) корені походження конституції у сучасному розумінні [622, с. 366-367; 572, с. 109].

Справді, британське розуміння конституції, починаючи від вживання самого терміна «конституція» і закінчуючи змістовним наповненням, здійснили значний вплив на подальший розвиток конституцій у світі. Британці заклали основи розуміння конституції у формальному значенні, а в період Славної революції навіть були спроби створити конституцію у значенні формальному. Що стосується часових рамок, то Г. Макілвейн не може пригадати жодного чіткого прикладу вживання сучасного поняття конституції до початку сімнадцятого століття [302, р. 23-24].

В якості історії і генези конституції у Британії ми маємо також згадати дуже важливий писаний акт того часу – Велика хартія вольностей 1215 року або ж Magna Carta [294]. В подальшому, приблизно у XVII столітті цей документ (а найголовніше – його зміст) починають розглядати як складову англійської конституції. Із самого початку такої номінації він не мав, ані за назвою, ані за первісним задумом. Такого роду акти (Magna Carta була не єдиною в своєму роді) носили становий і договірний характер.

За К. Льовенштайном Magna Carta вважається найвідомішою правовою пам'яткою в англосаксонському світі, чия символічна цінність навіть перевершує Білль про права 1688 року та Конституцію Американського Союзу [287, s. 5]. Підписання Великої хартії вольностей було подією, яка змінила конституційний ландшафт у цій країні, а з часом і у світі, причини чого детально аналізує Т.Бінгем [57, p. 10-12]. Magna Carta та подальші акти ставали важливим джерелом англійського права, але були лише окремим проявом більш загального уявлення про владу і право. Проте на сьогодні вона вважається частиною англійської конституції [128, p. 40; 391, p. 141; 580, с. 77-78; 755, с. 67-68] або її відносять до основних законів (*leges fundamentales*) [178, p. 21].

За своєю природою С. Шевчук кваліфікує Magna Carta Libertatum 1215 р. як конституційний договір [801, С. 58]. З точки зору процедури, дійсно, «Велику хартію» запропонували бунтівні барони, а король дарував її «всім вільним людям королівства», і «всю громаду землі» мало бути скликано для її затвердження [446, с. 175]. Тому цей документ стає прикладом середньовічних договірних станових актів, які зараз іноді вважають конституціями. Найбільш точно специфіку Великої Хартії Вольностей 1215 р. описує С. Гордон. На його думку, з часом Велика хартія вольностей стала знаковим символом принципу, згідно з яким влада монарха була підпорядкована тому, що стало називатися «давньою конституцією» Англії» [195, p. 230]. Як вказує С.П.Головатий, в цьому документі «у вигляді конкретних юридичних формул

було закріплено положення, які відображали ідеї «конституційної монархії» та «обмеженої влади» [518, с. 127].

Окрім хартій на кшталт Magna Carta, ще одним джерелом конституційної ідеї в Англії був процес автономізації політичної сфери, перенесення формул канонічного права на державу і державну владу. Як пише Г.Франкенберг, домодерні основні закони або *leges fundamentales* посилалися на політичний порядок, санкціонований божественною волею або святою традицією [178, р. 21].

У XVII столітті, особливо в період Громадянської війни в Англії, говорили про "політичне тіло" ("body politic") за аналогією до природного тіла, а про "конституцію" як про стан здоров'я та добробут тіла. Метою критики парламентом короля та його пропозицій щодо реформи було відновлення політичної структури до належної конституції [391, р. 140].

Як бачимо, тут конституція – це не конкретний документ, а певне становище, устрій, стан держави. Причому виникає теза про те, що конституція в значенні устрою має бути заснована на певних принципах. Конституція йде своїми коріннями вглиб історії.

Як пише Л.Канфора, переказуючи слова Генрі Айртона, зятя Кромвеля, на другий день дебатів в Путні, до Вільгельма Завойовника у англосаксів існувала дуже древня конституція, заснована на принципах свободи і рівності: від цієї «конституції» і походять споконвічні права англійців, якими нехтували всі нормандські королі аж до Карла I [76, р. 36]. Те, що люди XVII століття мали на увазі під конституцією, не завжди ясно, але включає поняття основоположних принципів, які можна знайти не лише в таких публічних деклараціях, як Велика Хартія, в основі яких лежать права та обов'язки вільнонароджених англійців [391, р. 141].

Паралельно розвивається поняття «основний закон», яке пов'язувалося із договірними засадами і яке мало властивості непорушності (Див.: [471]). Так,

король Джеймс у своїй промові до парламенту, 1609 рік, говорить: «Король подвійною обітницею зобов'язує себе дотримуватися фундаментальних законів свого королівства: мовчки, оскільки він король, зобов'язується охороняти як народ, так і закони власного королівства; і виразно, своєю коронаційною обітницею» [629, с. 282].

Причому варто зазначити, що англійською термін «основний закон» звучить як «fundamental law», а law охоплює широку джерельну базу, не маючи на увазі лише саме закон як парламентський акт (у сучасному розумінні). «Fundamental law» базувалося переважно на загальному праві.

Ще одним важливим джерелом, що призвело до появи англійської конституції в тому розумінні, про яке ми знаємо сьогодні, була реформація і її породження – англійська революція, які Л. Канфора називає характеризує як антиавторитарний злам [76, р. 35]. Як зазначає Дж. Сарторі, у роки Співдружності та Протекторату (1649–1660) англійці зробили кілька спроб встановити письмову конституцію, однак вони ніколи не називали ці документи "конституцією": вони використовували такі терміни, як пакт, документ, угода, модель, першочерговий чи основний закон [372, р. 860; 725, с. 187].

Розглянемо такі спроби. Авторами «Народної угоди» (Agreement of the people) 1647/49 р., що стала відомою як перший проєкт демократичної конституції в сучасному значенні слова, були левелери [374]. К.Льовенштайн вважає, що Народна угода хоч і не була офіційним законодавчим актом, а планом неофіційної приватної групи, її слід вважати першим проєктом повноцінної сучасної конституції [288, s. 136].

Більший успіх і популярність мав документ під назвою «Instrument of Government» («Знаряддя управління»), яке 16 грудня 1653 року оголосив Кромвель і згідно з яким він сам ставав «лордом протектором», або регентом держави [375]. Першою писаною конституцією Instrument of Government називають А. Шайо і Р.Уітц [369, р. 21] і К.Льовенштайн [288, р. 136]. Х.

Арендт також називає «Знаряддя управління» Кромвеля конституцією Англії [28], а Д. Грімм писаною конституцією в сучасному розумінні [205, р. 54].

Та все ж «Знаряддя управління» замінюється згодом на акти Славної Революції 1688-9 рр., а Якова (Джеймса) II було вигнано та замінено Вільгельмом III (принцом Оранським, привезеним із Нідерландів) та його дружиною Мері II (дочкою Якова). Вільгельму Оранському запропонували трон, але лише за умови, що він буде готовий прийняти певні умови [57, р. 23]. Ці умови були відображені у Біллі про права 1689 року.

Безкровна Славна революція назавжди закріпила монархічну традицію і водночас забезпечила політичний примат парламенту [205, р. 55]. Славна революція була інституціоналізована трьома законодавчими актами, основоположними для конституційної історії Англії [287, s. 14]. Йдеться про Білль про права 1689 р., Триєнічний акт 1694 р. (Triennial Meeting of Parliament Act) і Акт про престолонаслідування (Act of Settlement) 1701 р., які були прийняті у формі статутів. Г. Макілвейн із цього приводу зазначає, що ці закони в той час вважалися в певному сенсі або в якійсь мірі фундаментальними [302, р. 15-16].

Революційні події, тим не менше, були пов'язані з ідеєю відновлення попередніх порядків (конституції і основних законів). Як стверджується, Конституція XVII століття, спільно з конституцією попередніх століть, прославлялася за необхідність існування уряду за згодою всіх і за безпеку та добробут усіх [391, р. 144]. На підтвердження ідеї відновлення конституції шляхом революції можна навести цитату, яку наводив де Лольм. «Декларація палат лордів і громад», видана 13 лютого 1689 р. (парламентський «Білль про права», який був прийнятий незабаром після цього, містив дещо змінене формулювання цієї заяви) вказувала: «Лорди і громади, урочисто зібравшись, заявили, що Король Яків Другий, намагаючись підкорити Конституцію Королівства, порушивши початковий контракт між Королем і Народом, пору-

шивши основні закони і відмовившись від них сам зрікся уряду; тим самим Трон став вакантним» [128, р. 215]. Тут міститься розуміння конституції як устрою на підставі певного контракту, основні ж закони розуміються як певні непорушні норми права.

Ідею того, що Славетна революція нерозривно пов'язані з відновленням чи поновленням попередніх порядків обґрунтовують Х. Арендт [28], Ч.Тейлор [759, с. 317], Дж. Голдстоун [194].

Британський теоретик права та конституціоналіст Т.Бінгем вказує, що Білль про права 1689 р. лише частково спрямований на захист прав особи. Його основна увага була зосереджена на правилах, яким повинна підкорятися Корона [57, р. 24]. В літературі звучить при цьому критика Білля про права за становий характер утвореної системи. У Болінброка (1678-1751) в його «Dissertation Upon Parties» через це бачимо критичне ставлення до самого Білля про права. Водночас він бачить і позитив, стверджуючи, що ця конституція краща за будь-яку з конституцій, що існувала коли-небудь до революції [145].

Якщо це можна вважати критикою, то також вартими уваги є міркування С.Гантінгтона про те, що в Англії, як і на континенті, відбулася централізація влади, але не у корони, а у парламенту [509]. І це мабуть одна із ключових відмінностей, характерних особливостей розвитку Великої Британії, що обумовило її особливий шлях.

Таким чином, ухвалення Білля про права іноді критично оцінюється з точки зору кваліфікації його як конституції в сутнісному сенсі (оскільки частково він будувався на станових ідеях), а також недостатньої спрямованості саме на забезпечення прав особи. Крім того, ми отримали принцип парламентського суверенітету, що унеможливив монархічну узурпацію, проте відкрив шлях до зловживань з боку парламенту. Наскільки справедливою є ця критика? Певною мірою, так. Особливо в частині централізації, що яскраво

продемонстрували історичні події, пов'язані з американською революцією і боротьбою колоній саме з англійським парламентом. Проте загалом сьогодні Білль про права оцінюється переважно позитивно (Див.: [205, р. 55; 445, с. 167; 784]).

Наголосимо, що з юридичної точки зору ухвалення Білля про права не було пов'язано з уявленням про установчу владу і не народило формального розрізнення законів на конституційні і звичайні. Ідея народу ще не грає тієї ролі, яку вона буде грати у Франції або США. Про народ йшлося досить опосередковано через наділення абсолютним суверенітетом парламенту, позбавляючи такого суверенітету монархію. Правління ж колегіального органу, а також інші чинники дозволили згодом англійській державі еволюційно демократизуватися і пряме звернення до ідеї установчої влади *per se* виявилось непотрібним.

У Британії була створена скоріше матеріальна конституція, а не формальна. Як вказує Д. Грімм, «Правила, що формують «Конституцію Британії», включаючи «права англійців», були фундаментальними, але не вищими» [325, р. 101]. Тобто при всій позитивній ролі Славетної революції конституції як формального і верховного джерела ми ще не отримали.

Становить інтерес і погляд на конституцію Англії із закордону. Француз Ш. Монтеск'є вжив термін «конституція» у 1748 у своїй праці «Про дух законів». В оригіналі таку назву мала глава VI книги XI («Конституція Англії»). Книга ж XI мала назву «Законои, що формують політичну свободу у зв'язку з конституцією».

У праці «Конституція Англії» (1771) [128, р. 40], Дж. Л. де Лольма конституція розуміється як форма правління і принципи побудови суспільства і держави, як їх устрій. Термін «конституція» вживався скоріше в розумінні фактичного устрою, а «основний закон» (*fundamental law*) як певні непорушні правила (норми).

Вже наприкінці XIX ст. на розуміння англійської конституції сильно вплинув А.Дайсі [526]. Причому у Дайсі є важлива думка про те, що саме парламентський суверенітет (а парламент складається із Корони, Палати лордів і Палати громад) запобігає тим вторгненням у право країни, які деспотичний монарх, такий як Людовик XIV, Наполеон I або Наполеон III могли здійснювати ордонансами чи декретами, або які різні установчі збори Франції, і перш за все знаменитий Конвент, своїми раптовими резолюціями [142, р. 407]. Таким чином, влада установчих зборів оцінюється як скоріше негативна, така, що може скасувати існуючі позитивні надбання. Це один із перших критичних підходів до установчої влади, і А.Дайсі цілком слушно побачив в ній ризик і небезпеку. Не варто забувати ще один бік питання, на який дуже влучно звернув увагу Г. Макілвейн: «Обмеження свавільного правління настільки міцно закріпилися в національній традиції, що жодні загрози проти них не здавалися достатньо серйозними, щоб вимагати прийняття офіційного кодексу» [302, р.1]. Британський вчений Т.Р.С. Аллан при цьому наголошує, що сучасна британська конституція є продуктом як історії, так і моралі [20, р. 17].

Вважається, що вчення про установчу владу, дійсно, говорить про суверенність установчої влади (до дискусії із цього приводу ми ще повернемося), а значить всевладдя, що власне і демонструвала практика континентальних країн, пов'язана з ухваленням конституцій. Таким чином, англійці убезпечені від цього – принципи конституції, що втілюються в судовій практиці (один із елементів верховенства права за Дайсі) просто неможливо скасувати одним розчерком пера. Жодної установчої централізованої суверенної установчої влади в цьому розумінні не існує.

Вивчення британської конституції в силу своєї унікальності і спростування ідеї установчої влади самим фактом свого існування не можна ігнорувати. Конституція не має властивостей основного закону, не є писаним доку-

ментом, міститься в багатьох джерелах (парламентські акти, загальне право, звичаї (конвенції). Таким чином, британська конституція становить окрему гілку еволюції конституції і конституціоналізму в світі. Вона демонструє нам, що конституція може не бути писаною, не бути актом установчої влади, не мати найвищої юридичної сили і при цьому ефективно діяти. Вона також втілює сутнісні вимоги конституціоналізму. Британців до сих пір влаштує це переконання, яке вони не мали потреби формалізувати.

У досвіді англійців можна вбачати те джерело, з якого черпалися ідеї матеріальної конституції, він зіграв значну роль саме в ідейному ключі. А от практика формальних конституцій і їх успіх (більший чи менший) – це переважно американський і згодом – французький досвід.

Тому ми маємо зафіксувати думку про конституцію Англії саме в матеріальному значенні. Вона не є актом установчої влади, остання з'являється в цій іпостасі в США і Франції. Конституція Англії не потребувала ідеї установчої влади саме з огляду на її природу – відсутність формальної конституції. Установча влада не знадобилася, оскільки не був необхідним розрив із попереднім режимом, навпаки, як ми бачили, в ході Славетної революції йшлося якраз про відновлення старої матеріальної конституції, її принципів, а не про розрив із нею. Це не виключає думку про те, що в процесі відновлення все ж англійцям вдалося створити якісно нову модель. Саме Велика Британія сьогодні є взірцем матеріальної конституції. Її досвід став підґрунтям для Франції і США піти трохи іншим шляхом – створити формальну конституцію. Адже британська конституція, створена як матеріальне поняття спочатку історично, а згодом – доктринально і практично, не мала ключової ознаки – акта із формальною найвищою юридичною силою в ієрархії джерел права.

У Британії до сих пір діє принцип парламентського верховенства і верховенства законодавчої влади [165, р. 193]. Саме цей принцип зіграв свою роль у проголошенні незалежності США від Британії, а також формування

американської конституції на принципово інших засадах¹. За твердженням Ф. Гаєка саме принцип парламентського суверенітету Англії занепокоїв американців [508, с. 183]. Т.Пейн у 1790 р. навіть писав, що тривале вживання слова конституція в англійському парламенті свідчить про відсутність її як такої та про те, що парламент є лише формою уряду без конституції, який наділяє себе хай якою тільки заманеться владою [659, с. 117].

Вочевидь, наведена критика мала своєю причиною обґрунтування порушення прав американських колоній і звинувачення в деспотичності схвалюваних парламентом законів, що таких колоній стосувалися. Саме тому американці пішли іншим шляхом. Американська конституція спеціально задумувалася як писана і така, що юридично обмежує, у тому числі і парламент, і має вищу юридичну силу в правовій системі. Британська ж конституція унікальна тим, що вона в тому вигляді, як виникла наприкінці XVII ст., загалом і зберігається до нині.

Розглянемо досвід США. Більшість колоністів, які оселилися в майбутніх Сполучених Штатах на початку 1600-х років, принесли з собою британські традиції правління, а британське загальне право, що розвивалося, принесло певну міру правової передбачуваності та справедливості [350, р. 20].

Тому естафету розвитку конституції підхопили американські колонії, а згодом вже незалежні штати і, в кінцевому рахунку, нова держава – Сполучені Штати Америки. Довгий час там діяло саме англійське право, тому багато конституційних принципів мають своїм походженням право метрополії. Водночас усвідомлення необхідності конституції саме як формального акта із найвищою юридичною силою відбулося саме в Америці.

¹ Хоч зараз принцип парламентського суверенітету суттєво трансформувався і це питання потребує окремого дослідження, як і власне еволюція британського конституціоналізму.

В літературі переважає думка про те, що конституційний розвиток в США, хоч і мав певний генетичний зв'язок із конституційним розвитком в Британії, все ж, має досить суттєві відмінності.

Г. Макілвейн називає дві відмінності, що пояснюють ухвалення письмової конституції у США, і неухвалення такого документа в Англії. По-перше, ранні американські письмові конституції з невеликим перебільшенням склалися в основному з кодифікації інституцій і принципів, які давно діють. І, по-друге, незалежність США являла собою розрив безперервності, що вимагає письмового кодексу, такого, якого Англія ніколи не знала, принаймні з 1660 року [302, р. 15-16]. У. Проїс визнає, що саме американці серйозно поставилися до ідеї, яка спорадично висловлювалася в Англії, що конституція є вищим писаним законом, що стоїть над усіма нормами і інститутами, з якого походить весь уряд, всі державні органи і вся компетенція [342, s. 15]. Специфіку генези американської конституції досить добре показує Ф.Гаек: «...тільки тоді, коли виявилось, що британська конституція, у принципі якої вони непохитно вірили, важить насправді небагато й не може успішно протистояти діям парламенту, було вирішено, що необхідна основа, якої їм бракує. ... «стабільна конституція» необхідна будь-якому вільному урядові і що власне обмеження дій уряду є суттю конституції.» [508, с. 183].

Тобто для американської конституції характерним є гарантування власного правового порядку у спосіб, який був принципово відмінним в англійській конституції. Від ключового англійського інституту – суверенітету парламенту і відсутності формально зв'язуючої парламент конституції намагалися відійти. При цьому потрібно було зафіксувати ті позитивні надбання, які вже закріпилися в колоніях. Цю закономірність щодо конституціоналізації вже досягнутого, зв'язаність із колоніальним попереднім правом, досить яскраво демонструють такі автори, як Д. Грімм [205, р. 56], Б. Бейлін [37], С.Гантінгтон [509] і Ч.Тейлор [759, с. 315, 317, 333].

У США ідея відновлення попередніх порядків також грала свою роль, як і свого часу в Британії у XVII ст. Проте американці врешті-решт перейшли на наступний етап, створивши принципово нову модель формальної конституції, що має вищу юридичну силу.

Якщо узагальнити, то ми можемо виокремити декілька важливих джерел, що привели США до ухвалення писаної конституції у 1787 році. Йдеться про такі: ідея договору, яку використовували колоністи; колоніальні даровані статuti про управління власників колоній або корони; ідея основного закону; ідея природного права, що втілилася в ухвалення декларацій прав людини; поява перших конституцій незалежних штатів; ідеї провідних мислителів; рух федералістів (і антифедералістів). Ми спробуємо торкнутися цих джерел в більшій або меншій мірі. Разом з тим, як далі буде видно, вони виявляються сильно переплетеними між собою (наприклад, договірні акти ставали основою для королівських хартій (як це сталося в Коннектикуті), вони ж набували статусу і визнавалися основними законами).

В деяких випадках окремі акти договірного або якогось іншого характеру вже характеризують як перші конституції або протоконституції. Розглянемо їх. Найбільш відомий найстарший із договорів укладений «батьками-пілігримами» на кораблі «Maiblume» 11 листопада 1620 перед заснуванням Нью-Плімута (Mayflower Covenant) [350, p. 20]. Х.Арендт вважає, що пілігрими явно побоювалися так званого природного стану, недоглянутої пустелі, яка не має жодних встановлених людиною кордонів, так само як і необмеженої ініціативи людей, які не пов'язані яким-небудь законом [28].

Fundamental Orders of Connecticut (1639 p.) в літературі називають іноді першою в світі конституцією (основним законом) [289, s. 4; 733, c. 133]. Тоді було засновано «Конфедерацію» трьох міст Коннектикуту з детальним набором правил та інституцій для управління цією великою організацією. Лідери Коннектикуту пізніше склали нову хартію для своєї колонії на базі документа

1639 р. і переконали британський уряд видати відповідну хартію в 1662 році [350, р. 20-21].

В.М. Шаповал перекладає назву цього акта як «Основоположний Наказ». На його думку, цей акт за змістом практично не відрізнявся від перших реальних конституцій, які були згодом прийняті, хоча про його найвищу силу не йшлося [676, с. 292]. Х. Арендт підтверджує, що цей документ санкціонував та підтвердив вже існуючу систему правління [28].

Окрім договірних актів існували хартії, які теж відносять до конституцій або принаймні до їх попередників (протоконституцій чи джерел конституціоналізму). Залежно від типу колоній це могли бути даровані хартії монархом (коронні колонії і колонії, засновані на хартії) або власником (специфіку і особливості колоніального устрою, який в подальшому вплинув на розвиток ідеї конституції, дуже вдало охарактеризував К. Льовенштайн у своїй праці з конституційного права США [289, с. 2]).

Самої номінації в назві «конституція» частіше за все вони не мали, за винятком *Fundamental Constitutions of Carolina*, які прямо містять в назві термін «конституція». Із цим актом пов'язують ім'я Джона Лока. Основоположні конституції Кароліни були прийняті на зборах 1 березня 1669 року восьми лордів Власників в провінції Кароліна, яка включала більшу частину землі між тим, що тепер Вірджинія і Флорида (більш детально про участь Лока у складенні цієї «конституції»: [33]).

Потребує уваги питання про правову природу колоніальних хартії. На думку Ф. Гаєка, «фактично окремі колонії зробили перші спроби кодифікувати вищий закон з залученням широких народних верства, на відміну від звичайного законодавства» [508, с. 184]. На нашу ж думку, все ж, більш обґрунтованою видається точка зору Д. Грімма про те, що було б неправильно бачити прообраз сучасних конституцій у договорах про поселення та колоніа-

льних хартіях [205, с. 56]. Тому більш точною є характеристика таких хартій лише як джерела конституціоналізму, з якого почалися його витoki.

Ще одним джерелом конституцій стали декларації прав. С. Дністрянський називає проголошення 12 червня 1776 р. Декларації прав людини Вірджинії першою Конституційною грамотою, Конституцією [536, с. 227-228; 538, с. 190]. Ф. Гаєк підкреслює значущість, білля про права штату Вірджинія, який прийнято перед Декларацією про незалежність, який створено на зразок англійських і колоніальних прецедентів, і який значною мірою слугував прототипом для схожих документів інших штатів й для французької Декларації прав людей і громадян 1789 року [508, с. 188].

Юридичні наслідки і те значення, яке слідувало за проголошенням прав штатами, було величезним. Американські декларації вплинули на досвід Франції, а також згодом стали фундаментом для закріплення прав у Біллі про права 1791 року як перші десять поправок до американської конституції.

4 липня 1776 року II Філадельфійський Континентальний Конгрес одно-стайно ухвалив Декларацію незалежності. Крім того, він прийняв рішення «розробити план конфедерації і передати його на розгляд відповідних колоній» [464, с. 11-12]. Попри те, що Декларація незалежності не була конституцією у класичному розумінні, навіть у сучасний період за нею визнається характер «конституційного документа» [518, с. 441]. Не можна не згадати і важливість формулювання у вказаній декларації права на опір, прав людини як самоочевидних істин тощо.

Ухвалені 1781 р. статті конфедерації Т. Пейн називає вже своєрідною неповною федеральною конституцією [659, с. 179]. А. де Токвіль називав статті конфедерації 1778 р. (всіма штатами схвалені лише 1781 р.) першою конституцією, а Конституцію 1787 р. лише «другою конституцією» США [773, с. 104-105].

Кожен новий штат приймав письмову республіканську конституцію (Коннектикут використовував свою самостійно написану хартію, надану британською короною в 1662 році, а Род-Айленд продовжував керувати собою відповідно до своєї Королівської хартії 1663 року) [350, р. 23]. Деякі колонії підвищили свої статути без змін до статусу конституції, хоча більшість використовували старі документи як основу для складання нової конституції [205, р. 56-57].

Дж. Сарторі вважає першими письмовими конституціями в сучасності конституції Вірджинії, Меріленда і Пенсільванії, прийняті в 1776 році [725, с. 187]. А от В.М. Шаповал зазначає, що для позначення нормативно-правового акта з властивостями основного закону держави термін «конституція» вперше був ужитий 1780 р. у північноамериканському штаті Массачусетс [796, с. 24]. Так само вважають В.Ф. Годованець і А.С. Головін [512, с. 22].

Насправді пошук «першої» конституції можна здійснювати досить довго і потенційних кандидатів на це звання може набратися десятки. Ми уникнемо таких характеристик зі свого боку і констатуємо, що кожен водорозділ між «ще не конституцією» і сучасною «конституцією» в повному сенсі є досить умовним. Найбільш відомою писаною конституцією світу, що відповідає сучасним уявленням про основний закон, стала американська, ухвалена в 1787 р.

Економічні причини, які заграли велику роль у проголошенні незалежності, були вирішальними для федералістів і необхідності прийняття федеральної конституції². Водночас, як вказує Т.Снайдер, під час створення Конституції «батьки-засновники» США, започатковуючи демократичну респуб-

² А. де Токвіль детально пояснив, як Статті конфедерації через відсутність централізації послаблювали США. [773, с. 104]. Виникали торговельні суперечки, між штатами спалахували торговельні війни. [464, с. 13]. Згодом ухвалена конституція, як писав Т. Пейн, без сумніву, стала найпродуктивнішим механізмом стягнення податків, який хоч колись був винайдений [659, с. 185].

ліку на основі закону й створюючи систему стримувань і противаг, прагнули уникнути зла, котре вони, як і стародавні філософи, називали тиранією [737, с. 7-8]. Делегати не сумнівалися в необхідності створення сильного уряду, але не могли дійти згоди, якою мірою сильним він має бути [464, с. 13]. Як вказує Т. Бінгем, відповіддю на недоліки Статей конфедерації було проголошення федеративної моделі, яку обстоювали федералісти, і, що найбільш важливо для юристів, – проголошення верховенства (вищості) конституції [57, р. 25-26]. Вона була прямо закріплена у ст. VI Конституції.

Для нас важливе значення має також юридична характеристика процесу прийняття конституції. Всі сходяться в оцінках – її ухвалення було протиправним (делегати перевищили свої повноваження) [289, s. 9; 366; 664, с. 143]. Водночас, як вказує М.В. Савчин, «відповідна легітимність відбулася за рахунок ратифікації конституції конвентами штатів» [723, с. 310].

Стаття сьома Конституції перебачила для набуття чинності конституцією правило більшості – для набуття чинності достатньо було ратифікації дев'яти з тринадцяти штатів, що кардинально розривало зі Статтями конфедерації, які передбачали принцип одностайності [631, р. 142-145]. Прийняття ратифікаційними конвентами в Делавері, Нью-Джерсі та Джорджії було одностайним, проте в інших штатах (Нью-Йорк, Вірджинія, Нью-Гемпшир, Род-Айленд, Массачусетс) була лише незначна більшість. Нью-Йорк, Вірджинія та Массачусетс зробили прийняття умовою додавання біллів про права, які були розроблені та набули чинності в 1791 році як перші десять поправок [289, s. 10].

Саме з Америки ідея конституції була перенесена до континентальної Європи. У цій думці сходяться більшість авторів (Д. Грімм [205, р. 53-54], С. Дністрянський [536, с. 229], Ю.О. Волошин [505, с. 207] та інші).

Після аналізу англійського і американського досвіду перейдемо до континентальної Європи, де теж визрівали умови для появи конституції. Передую-

вали такій появі вчення про основні закони, ідеї філософів-мислителів, а також середньовічна ідея договору.

Як зазначає К. Собота, «конституційна ідея має два різних витoki: по-перше, спроби кодифікації, які в ім'я здорового глузду та з ініціативи налаштованих на просвітництво монархів намагалися довести право до невідчутної абстрактної рівноваги; а по-друге – набагато старіша ідея влади, зв'язаної договором» [739, с. 41]. Загалом, вказану думку К.Соботи ми б розвинули і назвали більшу кількість факторів. Середньовічний домодерний період поєднував елементи звичаєвого права, договірних відносин, октроювання (дарування). Паралельно розвивалася ідея основних законів, ними називали окремі писані акти або неписані норми звичаєвого права. З позицій сьогодення можемо констатувати, що конституція розвивалася у її матеріальному розумінні, тобто поза ідеєю писаного акта із найвищою юридичною силою. Суттєву роль відігравало канонічне право, з яким також був пов'язаний сам термін «конституція».

Отже, конституція в континентальній Європі виникає на базі вчення про основні закони, природного права і прав людини, англійського і американського досвіду шляхом рецепції загального задуму і окремих конструкцій і положень, ідеї договору, розвитку політичної теології і процесу сакралізації державного права, створення націй, розвитку ідеї державного і народного суверенітету.

Щодо часових проміжків, із яких варто почати розмову, то тут можлива дискусія. Позиція Г. Макілвейна нам відома по характеристиці античного періоду. Нагадаємо, що він визнавав наявність конституцій і конституціоналізму ще в Давні часи (хоч і маючи при цьому до них свої застереження). Щодо Середньовіччя, то вчений визнає один недолік середньовічного конституціоналізму. На його думку, фундаментальна слабкість усього середньовічного конституціоналізму полягала в його нездатності застосувати будь-яке пока-

рання, окрім погрози чи застосування революційної сили, проти князя, який фактично потоптав ті права своїх підданих, які, безсумнівно, виходять за межі сфери дії його законних повноважень [302, р. 93].

Тут ми повертаємось до спору: коли виникла конституція і конституціоналізм в сучасному розумінні. Наша позиція, що це період Нового часу: XVII ст. (для Англії, виникає матеріальна конституція) і XVIII ст. (Франція і США, виникають формальні конституції). Ми підтримуємо тезу Д. Грімма, який вважає, що середньовічне суспільство не мало і не могло мати конституції, оскільки у ньому бракувало об'єкта, який можна було б регулювати у формі конституції [325, р. 104].

Тому ми почнемо спочатку зі з'ясування витоків конституції, тобто ще не вже існуючого і несформованого явища. Згодом ми продемонструємо виникнення перших формальних конституцій і еволюцію конституції у Європі.

Якщо термін «конституція» використовувався в юридичному сенсі, він зазвичай означав певний тип законів, які зазвичай приймаються імператором, і часто кримінальні кодекси, такі як *Constitutio Criminalis Carolina* 1532 року, отже, закони, які регулювали поведінку індивідів, а не урядів [325, р. 100].

В польській державно-правовій практиці XV-XVIII ст. широко вирисовувалося слово «конституція». Починаючи з 1493 року важливі ухвали (постанови) загального («вального») Сейму польського королівства у узагальненому варіанті почали називати «конституціями» [752, с. 21-22].

Активне використання у науковому обігу терміна «конституція» припадає на XVI ст., насамперед у Франції [793, с. 50]. Згадки про конституцію знаходимо у Бодена в його працях «Шість книг про республіку» (1583), а також «Метод для легкого розуміння історії» (1566)³. Вчення Бодена принесло справді тектонічні зміни у розуміння влади і держави. Як писав К. Шмітт,

³ Детальніше див.: [250].

теологічні поняття було перенесено з теології на вчення про державу, причому, наприклад, всемогутній Бог ставав всевладним законодавцем [376]. Король особисто міг бути однією зі з'єднувальних ланок між рівнями, які були представлені, відповідно, смертним і безсмертним тілом короля [758, с. 51].

Повертаючись до генези конституції, звернемо увагу на питання про особливості правових джерел того часу. Не варто сприймати конституцію лише як одномоментний стрибок від звичаю до писаних джерел (хоч в цьому і є теж раціональне зерно).

Як пише Д.Грімм, закони, об'єктом яких було здійснення державної влади, існували навіть в абсолютистський період; але вони не сприймалися як «конституція». Їх називали «основними законами», «урядовим договором» тощо [325, р. 100-101]. Тому правове регулювання владних відносин було складним, ґрунтувалося на звичаї і писаних джерелах, проте співвідношення було все ж скоріше на користь перших.

Далі потрібно розглянути ще одну тезу. З одного боку, період абсолютизму означав абсолютну необмеженість влади і таким чином конституція врешті-решт виникла саме щоб обмежити цю абсолютну необмежену владу монарха. Проте, з іншого боку, все ж коректніше говорити, як пише Д.Грімм, що навіть абсолютний монарх, який зміг позбутися спільного правління маєтків і забезпечити власну базу влади у вигляді армії та цивільних адміністраторів, не користувався юридично необмеженою владою [205, р. 42-43].

Саме тому середньовічний період можна умовно поділити на доабсолютистський і абсолютистський. При цьому доконституційні акти, які діяли в ці часи мали складну природу і абсолютизм не зміг перемоги уявлення про договір між станами і монархом, що часто закріплювався навіть формально. Якраз конституція остаточно розірвала претензії на абсолютну владу, але водночас і ліквідувала стани. Тобто вона знищила станову феодальну систему. Варто проаналізувати особливу природу середньовічних джерел державного

права, що мали особливий симбіоз звичаєвих, договірних норм, писаних і неписаних джерел, а також обставини, за яких ці джерела набували характеристики основних законів. І лише згодом ми побачимо як відбувся стрибок до конституції як акта установчої влади.

Ми вже продемонстрували, що саме договірну природу мали королівські акти в Англії. Ту саму характеристику справедливо можна надати і аналогічним актам на континенті.

Ідея договору, як не парадоксально, стала умовою виникнення ідеї конституції. Як пише Ю.Габермас, поняття «конституція» склалося у традиції та зразках домодернової традиції права. Витоками права були договірні відносини, що склалися між панівними станами раннього Нового часу (дворянством, церквою та містами) та королем [217]. При цьому, як стверджує той же Ю. Габермас, сучасні конституції зобов'язані своїм існуванням розумно-правової ідеї, згідно з якою громадяни об'єднуються у спільність вільних та рівних носіїв прав через власне рішення [507]. Тобто, по суті, йдеться про раціоналістичну ідею суспільного договору, яка створила умови для виникнення конституції.

Тому перша і найдавніша підстава конституцій в договірних угодах, як і в давній контрактній традиції в політичній філософії [391, р. 51].

Разом із тим ідея договору при формуванні сучасних конституцій як така зникає, перероджуючись у доктрину конституції як акта установчої влади народу. Проміжним етапом були ідеї суспільного договору, ідеї монархомахів, а також фіксація середньовічних договорів в письмовій формі у вигляді актів монарха чи парламентських актів (органу станового представництва), такі акти відносили також до основних законів.

Як стверджує Г. Франкенберг, конституційна історія не йде лінійним шляхом еволюції згідно з прихованою або явною телеологією, але все ж можна виділити, з точки зору дизайну, світську тенденцію, що йде від політич-

ного маніфесту до договірної архетипу, а потім до кодифікованої/законодавчої конституції як продукту процесуально кваліфікованого законодавчого процесу, що скріплено парламентським рішенням або всенародним референдумом [178, р. 42-43]. Як бачимо, за Г.Франкенбергом договірний архетип притаманний історичній еволюції конституції в період, що прямо передував появі кодифікованого тексту.

Та все ж сьогодні саме договірні ідеї хоч і мають сильні позиції в конституційній теорії, проте навряд чи їх можна вважати пануючими (після Французької революції і появи доктрини Сійеса).

Отже, в континентальній Європі, як і в Англії, ми мали ідею основних законів. Водночас становий характер, і договірна природа основних законів, відсутність ієрархії в сучасному розумінні означають особливу природу старих основних законів, які не могли претендувати на звання конституції.

За Д. Гріммом, основні закони не були «конституцією» країни. «Конституція» залишалася описовим, а не приписуючим терміном. Звичайно, закони, об'єктом яких було здійснення державної влади, існували навіть в абсолютистський період; але вони не сприймалися як «конституція». Їх називали «основними законами», «урядовим договором» тощо [325, р. 100].

Першість щодо появи конституції на континенті мала Франція. Саме її приклад унаслідувався згодом у Європі. Водночас схвалена перша конституція 1791 р. виявилася недовговічною, подальша конституційна історія Франції була також досить складною.

У Франції загальна криза дійшла апогею, коли король скликав собі на підмогу парламент [529, с. 717]. Величезна маса французів надавала своїм представникам знамениті «*cahiers de doléance*» (зошити скарг) [76]. Їх також називають наказами виборців.

Коли делегати Третього стану почали займати радикальні позиції, король переніс засідання, проте делегати продовжували засідати і оголосили,

що вони сформовані в національних установчих зборах, які представляють щонайменше 96 відсотків нації [369, р.56-80]. 17 червня, запросивши інші два стани приєднуватися до них, третій стан проголосив тільки себе Національними зборами. Через три дні, коли їх не пустили до їхньої звичайної зали, депутати зібрались у залі для гри у м'яч і присягнули не розходитись доти, аж поки Франція матиме конституцію [529, с. 718].

Та поставала певна проблема: формальне дотримання наказів виборців було неможливим і їх потрібно було якимось чином скасувати. У зв'язку з цим одним із перших рішень французьких революціонерів (липень 1789 р.) була заборона імперативних мандатів [295]. По суті створювався новий суспільний порядок, який треба було «вигадати» і інтелектуально обґрунтувати і ідеологічна складова для цього мала вирішальне значення. Саме ідеологічний відхід еліти від короля і був ключовим. Доктрина установчої влади Сійеса також була спрямована саме на обґрунтування правомірності прийняття конституції вже не як договірного станового основного закону, а акта нації в особі Установчих зборів.

Чому Установчі збори не створили стабільну конституцію? Так, наприклад, американська конституція, хоч і була новим явищем, все ж скоріше кодифікувала те, що вже існувало і так, створивши лише федеральний устрій і сильний центральний уряд (в порівнянні з попереднім етапом конфедерації). Натомість конституція Франції створила кардинальний розрив із попереднім ладом і не будувалася на існуючих відносинах, а намагалася повністю перебудувати суспільство. У зв'язку з цим, вочевидь, вона (як і інші її наступники) не стала чимось довговічним.

Сутність ідей 1789 року полягає не в обмеженні верховної влади, а в скасуванні проміжних осередків влади; ці владні осередки разом із класами, що ними користувалися, виникли в латинській Європі з першопочатків варварства; і рух, що називає себе ліберальним, за своєю суттю є національним

[527, с. 509]. Починаючи з 1792 року Францією керували тільки диктатури, які вважали себе втіленням загальної волі, волі, якої суверенний народ фактично ніколи не виражав: Конвент, Термідор, Директорія, Консулат чи Імперія [686, с. 58-59].

А.Дайсі писав: «зарубіжні конституціоналісти, займаючись визначенням прав, не надавали достатньої уваги безумовній необхідності завбачати необхідні засоби юридичного захисту, за допомогою яких проголошені ними права можна було б реалізувати. В історії людства не було такого періоду, коли б кожне з проголошених прав Конституції 1791 року і всі разом були б настільки мало захищеними, можна навіть сказати – не існували зовсім, як за часів піднесення Французької революції» [526, с. 523].

Тобто це один бік питання – французькі конституції ліквідовували установи і порядки (на відміну від США, які тільки укріплювали їх), а нові так легко не могли прижитися, як цього хотілося. Якщо ми аналізуємо подальші події, то Франція стала справжньою лабораторією конституцій. І кожна наступна заперечувала попередню.

З іншого боку, є питання до ідеї самопредставництва нації Установчими зборами в аспекті доктрини народного суверенітету. Так, А. де Токвіль називає першою конституцією Франції Конституційний акт 24 червня 1793 р. (якобінську конституцію), що стала першою демократичною конституцією, проте не набула чинності [773, С. 104-105]. Чому при цьому ігнорується конституція 1791 р. невідомо. Можемо припустити, що це пов'язано із тим, що, як процес прийняття, так і процедура перегляду і внесення змін, закладена в конституції 1791 року, мала виключно представницький характер, без прямого залучення народу.

Як зазначав Г.Єллінек, Французька конституція 1791 року дуже вплинула на вироблення інших конституцій. Вона стала взірцем для конституцій усіх монархій, побудованих на демократичних засадах. Так, за її зразком бу-

ли створені іспанська конституція 1812, португальська 1822, норвезька конституція 1814; бельгійська конституція 1831 р. [251].

Дійсно, слідом за Францією прийняття конституцій в Європі поширилося. Те, що кінець XVIII ст. ознаменував появу конституцій у сучасному (формальному) розумінні означає, що такі випадки з'явилися, але не означає, що вони були життєздатними (Франція) або всі інші європейські країни одразу ж пішли по цьому шляху. Насправді же лише Конституція США мала довготривалий успіх. Держави континентальної Європи протягом XIX ст. проходили шлях утвердження нового феномену. Десь швидше (Бельгія, Норвегія, Швеція), десь повільніше (та ж Франція або Німеччина).

Досвід різних європейських країн, які ухвалювали формальні конституції як акти установчої влади у XIX і XX ст., у тому числі на установчих зборах, описаний в монографії О.М.Бориславської [484, с. 170-191]. Ми теж розглядали в доктринальному плані еволюцію теорії і практики вчення про конституцію [479].

Складнощі, які були на шляху формування сучасної доктрини конституції як акта установчої влади, пов'язані із тим, що договірні конституції у XIX ст. нікуди не зникли, а народні конституції із використанням установчої влади були лише одним із можливих варіантів розвитку подій. Більше того, були і неуспішні кейси.

Загалом, в середині XIX ст. в Європі з різною долею успіху відбувся цілий парад ухвалення конституцій установчими зборами (або принаймні скликання таких зборів). Причому не завжди прийняття конституції установчими зборами було успішно реалізовано. О.М. Бориславська наводить приклад Віденських установчих зборів 1848 р., Франкфуртську національну асамблею 1848 р. [484, с. 142-143]. В Італії з 1848 року незважаючи на те, що були створені плани щодо обрання Установчих зборів для встановлення постійної конституції Італії, вони так і не були реалізовані, і тому установчі функції ні-

коли не були чітко визначені. Це конституційне мовчання дозволило парламенту поступово взяти на себе установчу функцію [102, р. 33].

Щоб показати складність виникнення формальної конституції, візьмемо в якості прикладу Німеччину, в якій довгий час продовжувалося розуміння конституції в матеріальному значенні, а також панувала ідея про договірну природу писаних актів.

У XIX ст. в Німеччині існували форми «угоди» між «суб'єктами», що впливали на конституційне створення (монархом і станами чи людьми) [213, s. 55]. У фундаментальній праці «Основи філософії права» Гегель також пише про конституцію у матеріальному значенні. Примітно, що український перекладач вжив замість німецького «Verfassung» (конституція), – термін «державний устрій». Наведемо таку цитату Гегеля (з урахуванням заміни нами в тексті перекладу «державного устрою» на «конституцію»): «...А взагалі досить важливо розглядати конституцію не як щось створене, хоч вона і виникла в часі, оскільки вона цілком в собі і для себе суще, що її через те треба розглядати як божественне й стале, яке стоїть над усім тим, що створюється...» [510, с. 243-244]. Тобто Гегель пише про історичну, матеріальну, незмінну конституцію.

Фактори, що дозволили сформуватися сучасній теорії конституції, не спричинили появу одночасно по всьому світу однакового розуміння конституції. Навіть сама Франція, що була батьківщиною ідеї установчої влади, пережила періоди регресу і ухвалення монархічних хартій у XIX ст. Перехід від старого до нового був болючим і зайняв приблизно ціле століття або навіть півтора. Нове дихання установча влада отримала лише після Другої світової війни. Різного роду договірні Хартії були досить популярні у XIX столітті, проте у XX ст. все ж поступилися конституціям, прийнятим Установчими зборами, парламентами чи затвердженими на референдумах.

Хартії і договірні форми на сьогоднішній день переважно поступилися розумінню конституції як акта установчої влади і майже повністю зникли. Становий і договірний характер, відсутність ієрархії – це все, що було основою теорії основних законів, яка передувала ідеї установчої влади і писаної конституції. Ідея установчої влади якраз і виникає для того, щоб усунути роль монарха в цьому процесі зафіксувати суверенітет у нації. Цього, як бачимо, договірні акти не передбачають.

Якщо звертатися до досвіду ухвалення конституцій у XX і XXI ст., то в тій мірі, у якій такий досвід пов'язаний із предметом дослідження, він буде наведений і проаналізований в нашій роботі у подальшому. Для об'єктивності варто одразу вказати, що окрім доктрини установчої влади сьогодні існують і інші неklasичні форми легітимації конституцій, які ми будемо аналізувати окремо. Водночас, загалом, за певними винятками, подальший історичний процес (передусім, у XX-XXI ст.) свідчить про сприйняття і активний розвиток і використання французької ідеї як з точки зору самого явища – писаної формальної конституції, так і джерела її легітимації – установчої влади.

1.2. Дуалізм формального і матеріального значення конституції

Як ми побачили, здійснюючи історичний екскурс, термін «конституція» мав багато сенсів, його змістовне наповнення еволюціонувало, паралельно із «конституцією» вживалися інші терміни, як от «основні закони» тощо.

Залежно від обраного кута зору тим чи іншим автором відрізняється і погляд на момент появи перших конституцій. Часто ці погляди є прямо протилежними. Визнання появи конституцій за античних часів як устрою протистоїть визнанню появи конституцій у пізнішій практиці Англії, США та Франції. На наш погляд, ці підходи із певними корективами можуть бути уз-

годжені. Повністю сприймати повноцінне виникнення конституції у давні часи або навпаки, ігнорувати античну спадщину, тим більше в умовах рецепції римського права в континентальній Європі, а також використання філософської думки Давньої Греції вже у Новий час, мабуть, не є коректним. Напевне, історія має все ж певний «накопичувальний ефект». Тобто і античні часи, і формування уявлення про конституцію в Англії, і визрівання такого уявлення на європейському континенті, в американських колоніях, а згодом – окремих американських штатах, варті уваги і були, в тій чи іншій мірі, факторами формування сучасного поняття конституції (яке, як ми побачимо теж є багатовимірним), виникнення сучасного поняття конституції як феномену дійсності (Англія – XVII ст., США і континентальна Європа – XVIII ст.).

Так само можна сказати і щодо інших ідей (ідея основних законів, представництва нації парламентом або зборами, прямого народного суверенітету та багато інших), які, так чи інакше, було використано для творення нового явища – конституції. Тобто це означає, що таке творення відбулося не одно-моментно, не революційно (хоч багато в чому і завдяки окремим революційним «стрибкам»).

Більше того, як ми бачили на прикладі Англії, Франції, спочатку йшлося про відновлення попередніх, порушених монархом порядків, або захист існуючих порядків (американські штати) від зазіхань метрополії (Британії).

Тому нівелювання попередньої історії генези і еволюції відповідних явищ в попередні історичні епохи не дуже коректне. Вже сформовані інститути трансформувалися, створюючи нову якість. Це було характерним як для Америки, так і для Європи. Саме взяті в сукупності обставини, пов'язані із історичним розвитком західного світу і породили його сучасний тип, юридичною основою якого стала конституція.

Д. Грімм (слідуючи за Н. Луманом і П. Габерле) розглядає конституцію як еволюційне досягнення [205, р. 15]. Чи можемо ми сказати, що врешті-

решт формується нове поняття конституції? Так. Перш за все, набуває особливого значення її матеріальне значення – ми маємо пам'ятати про Англію, де завдяки Славетній революції встановилося поняття конституції у матеріальному розумінні із певним набором принципів, які його утворили.

Натомість США і континентальна Європа поступово пішла шляхом появи формального розуміння конституції як акта найвищої юридичної сили. Причому таке формальне розуміння є невіддільним від матеріального. В США у формальному документі знайшли багато в чому відображення базові принципи англійської матеріальної конституції, проте була встановлена принципово інша модель – із формальним верховенством конституції, у тому числі верховенством над парламентом. Додатково у Франції формальна конституція легітимізується за допомогою концепції конституції як акта установчої влади.

З іншого боку, варто об'єктивно дивитися на загальну картину: універсальної теорії конституції сьогодні до сих пір не існує. Різний історичний досвід, науковий плюралізм та багато інших причин є тому причиною. Вчені активно рефлексують над різними аспектами формальних актів під назвою «конституція» в різних державах, над причинами їх виникнення, створення, зміни, скасування, роблять узагальнення, створюють власні моделі, і, спираючись на це, конструюють різні теорії конституції.

На сьогоднішній день відповісти на питання: «Що означає термін «конституція»?» можна лише із застереженням щодо багатоманітності його значень як в історичному ключі, так і щодо наукових теорій сьогодення. Для наочності звернемо увагу на вже існуючі класифікації і узагальнення існуючих теорій конституцій.

Детальний огляд різноманітних концепцій конституції робить К. Шмітт [374, р. 59-93], виокремлюючи чотири теорії конституції, а саме: 1 Абсолютна конституційна концепція (Конституція як цілісність): Конституція як зага-

льний стан конкретної єдності та порядку або як форма правління ("Форма форм"), - або як принцип формування політичної єдності; 2. Відносна конституційна концепція (Конституція як безліч окремих законів); 3. Конституція в позитивному значенні як акт установчої влади (Конституція як загальне рішення про тип і форму політичної єдності). Йдеться про певні ключові, фундаментальні речі (на прикладі Веймарської республіки: парламентсько-представницька федеративна республіка тощо); 4. Ідеальна концепція конституції (з певним визначенням змісту, що відповідає поняттю «конституції»). Йдеться про звужувальне трактування формального документа як конституції лише в тому випадку, якщо вона має певний зміст (реалізовані вимоги громадянської свободи, поділ влади, верховенства права). Всі ці підходи мають свої внутрішні розгалуження і нюанси в рамках кожного з підходів [377, s. 3-41].

О.М. Бориславська виокремлює формальну, матеріальну і інституційну концепції конституціоналізму [484, с. 14-23]. Враховуючи тісний зв'язок між конституцією і конституціоналізмом, цю класифікацію можемо легко екстраполювати на теорії самої конституції. М.В. Савчин виокремлює серед підходів до визначення природи конституції найбільш поширені: природно-правову, договірну, соціологічну, політологічну, позитивістську теорії [723, с. 218-221]. В.М. Шаповал пише про нормативний, структурно-системний, соціологічний, природно-правовий, а також політичний підходи до конституції [676, с. 284; 798, с. 53].

Жодною мірою не ігноруючи і не заперечуючи цей плюралізм, ми маємо констатувати багатоаспектність конституції як юридичного, але також і політичного і соціального явища. При цьому подальший аналіз буде здійснюватися враховуючи плюралізм в науці, що наразі склався. Для того, щоб певною мірою узагальнити історичний і теоретичний матеріал, а також на їх підставі зробити науковий аналіз, звернемося до двох ключових понять у теорії

конституції (її аспектах): конституція у матеріальному значенні і конституція у формальному значенні.

Підсумок історичної еволюції конституції, поняття і реальна практика якої сформувалося у XVII-XVIII ст., можна узагальнити шляхом виокремлення двох аспектів, які містяться в понятті конституції. Згадка про те чи інше значення конституції уже неодноразово лунала і настав час надати їм повноцінну характеристику. Певною мірою розбіжності, які існують з точки зору історичних періодів, з якими пов'язується виникнення конституції, якраз і виникають через використання того чи іншого значення (матеріального або формального). Причому, наприклад, матеріальне значення конституції має теж свої різновиди. Крім того, зазвичай оперують ще однією дихотомією: писана і неписана конституція, конституція гнучка і непорушна (жорстка). Ми також звернемося до них при характеристиці матеріального і формального значення конституції.

За К. Льовенштайном, щоб отримати задовільне визначення конституції, потрібно спочатку розрізнити матеріальну чи субстантивну конституцію від формальної чи вербально сформульованої конституції [285, s. 207]. Проте що ж в конституції можна взяти за основу формального визначення, а що за основу визначення матеріального? Насправді відповідь не є простою, оскільки в праві терміни «матеріальне» і «формальне» використовують для висновування зовсім неочевидних думок.

На думку М.Тропера, в формальному сенсі конституції є сукупністю положень, що мають суб'єктивне значення норм; в матеріальному сенсі – системою органів, що має компетенцію узгоджено визначати їх власні повноваження [411]. Автори курсу з конституційного права України конституцією у матеріальному значенні визнають систему правових норм, виражених як у писаних актах, так і в інших джерелах, які насамперед проголошують та гарантують права та свободи людини та громадянина, визначають основи сус-

пільного устрою, форму правління та територіального устрою, основи організації центральних та місцевих органів влади, їх компетенцію та взаємини, державну символіку та столицю. Конституцією ж у формальному сенсі визнають закон або групу законів, що мають, як правило, найменування конституція, або конституційний закон (закони), які мають вищу юридичну силу по відношенню до всіх інших законів [622, с. 370].

Серйозне дослідження матеріальної конституції міститься у недавній праці у серії «Cambridge handbook» авторства М. Голдоні і М. Вілкінсона, які визначають матеріальну конституцію як сукупність конкретних упорядковуючих сил, а саме політичну єдність, несучі інститути, соціальні відносини та фундаментальні політичні цілі, які складають конституційний порядок [402, р. 1]. За їх підходом, до прикладу, звичаєві норми будуть входити до формальної конституції, натомість матеріальна конституція – це виключно реальні суспільні відносини і суспільні інститути [193]. Таким чином, бачимо певну алюзію на марксистську концепцію, а також ідею Ф. Лассаля про те, що конституція втілює співвідношення соціальних сил.

Отже, при визначенні матеріальної і формальної конституції фігурують досить відмінні підходи. Водночас ми маємо сформувану базу для подальшого дослідження і, незважаючи на існуючий релятивізм, визначитися із змістовним наповненням понять матеріальної і формальної конституції.

Ми пропонуємо взяти за основу ідею Ж. Колон-Ріуса. Він розглядає певну дихотомію історичної і формальної конституції. За його підходом поняття конституції в матеріальному значенні розуміється як сукупність норм, які встановлюють основну структуру держави та регулюють правові відносини між державою та громадянами [97, р. 186].

Таким чином, матеріальна конституція – це не соціальні сили і відносини, а саме норми права, але які не обов'язково мають таку ознаку, як найвища юридична сила. Вони можуть міститися в прецедентах, звичаях, звичай-

них статутах тощо. Причому логічно, що вони не обов'язково мають включатися до нормативного акта із назвою «конституція» (в разі її наявності).

Перш за все, потрібно розуміти, що поділ на формальну і матеріальну конституцію має сенс з теоретичної точки зору для компаративного і історичного аналізу. Якщо ж ми візьмемо практику певної країни, то за відсутності конституції у формальному сенсі, мова може йти виключно про існування конституції у матеріальному значенні.

По великому рахунку, матеріальні конституційні норми можуть міститися в різних джерелах, і для цього не є необхідною конституція у формальному значенні. З цього випливає матеріальне (широке) визначення конституції.

Як писав Р.Боннар, конституція держави в широкому значенні цього слова — це сукупність положень, звичаєвих або письмових, які забезпечують організацію та функціонування установ і державних органів. Таким чином, вираз охоплює все законодавство держави [61, р. 6]. Як вказує Е. Кінг, правда полягає в тому, що конституції, ніколи не записуються повністю [257, р. 5].

Матеріальні конституційні правила можуть не міститися в формальній конституції. Часто це стосується виборчої системи, яка регулюється простим законом [248]. Як писав В.Старосольський, в дійсності устрій держави не раз засновується і на законах, що з формальної точки зору не є конституційними [742, с. 158]. Конституція – не обов'язково повинна бути ув'язана із письмовою формою – не кажучи вже про конституціоналізм, – хоча переважна більшість сучасних держав мають писану конституцію [366]. Р. Альберт наголошує на тому, що бінарна класифікація конституцій на писані та неписані є неправильною та вводить в оману, оскільки всі конституції складаються з письмових текстів і всі конституції містять неписані правила [16].

Коротка зустріч із будь-якою конституцією виявляє, що навколо офіційного документа виникають інші ідеї, конвенції та практики, які впливають на

його тлумачення або навіть доповнюють, модифікують або роблять застарілими деякі його положення [391, р. 6]. Таким чином, наприклад, для розгляду матеріальної конституції виникає питання конституційних конвенцій, судової практики тощо, про які ми ще будемо більш детально говорити у третьому розділі. Це все можна вважати джерелами матеріальної конституції і їх наявність суттєво впливає на роль і значення установчої влади як джерела конституції саме у формальному значенні.

К. Льовенштайн звертає увагу на те, що континентальне державознавство проводить відмінність між формальним конституційним правом, що зводиться до єдиного документа під назвою «конституція», і матеріальним конституційним правом, що складається із окремих законів і звичаєвого конституційного права [288, s. 142]. Певні основні правила для проведення свого політичного процесу у державі у своїй сукупності втілюють конституцію в матеріальному сенсі [285, s. 207].

За Кельзенем «Матеріальна конституція може складатися почасти з писаних норм, а почасти з норм неписаного, виробленого звичаєвим шляхом права» [559, с. 248]. Кельзен розглядає конституцію в матеріальному розумінні, яка може виступати у формі простих законів, а також звичаїв. Причому матеріальна конституція може складатися як з актів установчого органу, так і актів законодавчого органу, за наявності таких [559, с. 251-252].

І ось тут ми потрапляємо у пастку позитивізму. Визначаючи матеріальну конституцію з точки зору предметної сфери як устрій влади і держави, ми ризикуємо дати занадто релятивне визначення матеріальної конституції. Це, наприклад, робить Ж.-П.Жакке. На його думку, будь-яка держава має конституцію, тому що існують звичаєві або писані правила, які встановлюють, хто може управляти державою і яким чином [248].

Такі висновки могли би бути сприйняті без жодних застережень в ситуації нормальності. Проте світ демонструє нам багато авторитарних і тоталіта-

рних форм, а також зловживання конституцією. Як і чому це відбувається – тема окремого підрозділу, що присвячений реальності конституції. Тут лише маємо вказати, що матеріальне поняття конституції може не бути настільки релятивістським, як про це (можливо неумисно) пише Ж-П.Жакке. Воно має розумітися як таке що означає певні, конкретні принципи устрою. Причому такі принципи не можуть заперечувати конституціоналізм як такий.

У цьому зв'язку маємо завжди пам'ятати формулу французької Декларації прав людини і громадянина 1789 р., де сказано: «Суспільство, в якому не гарантовані права і не здійснено поділу влади, не має конституції» (п. 16).

Повертаючись до співвідношення матеріальної і формальної конституції, то можливі дві ситуації. Перша – у формальному джерелі під назвою «конституція» містяться деякі норми, які не належать до матеріальної конституції. Конституційні за формою акти містять у собі такі норми, які об'єктивно неможливо знайти віднесено до конституції у матеріальному значенні, оскільки їх дію спрямовано регулювання найважливіших суспільних відносин.

Отже, через різні причини та мотиви, законодавство, формально конституційне, містить постанови, що не є конституційними в матеріальному розумінні [742, с. 158]. Конституції багатьох інших країн із прописною літерою «К» містять положення, які не є одними з найважливіших правил і загальноприйнятих правил цих країн, але межують із комічним [257, р. 5]. Так, Конституція Швейцарської конфедерації 1999 р. містить норми про болота та заболочені місця особливої краси (ст. 78), про азартні ігри та гральні будинки (ст. 106) та ін. [622, р. 370].

Друга ситуація – матеріальна конституція є ширшою за формальну. Причому обидва випадки можуть доповнювати один одного, а другий взагалі можна вважати загальним правилом.

Тому не можна погодитися із тим, що у більшості країн конституція у матеріальному та формальному сенсі збігається. Більше того, формальної конституції може не бути взагалі. Приклад Великої Британії, де має місце конституція в матеріальному сенсі і відсутня конституція у формальному сенсі, є цілком доречним.

Перейдемо до конституції у формальному розумінні. За Кельзенем від конституції в матеріальному розумінні слід відрізнити конституцію в формальному розумінні слова, себто певний документ, названий «конституцією». Державна конституція може – як писана конституція – виступати у специфічній формі конституції, себто у вигляді норм, що, на відміну від звичайних законів, можуть бути скасовані чи змінені тільки за ускладнених умов [559, с. 249]. Отже, за Кельзенем, конституція як формальний акт має особливості щодо її прийняття і внесення змін.

Схожі думки формулював К.Льовенштайн: конституція у формальному сенсі складається з одного (або, залежно від випадку, з кількох) письмових документів, які усно формулюють у логічній послідовності тем найважливіші, хоча й не обов'язково всі правила, за якими здійснюється політичний процес [285, р. 207].

Отже, конституція у формальному значенні – документ із найвищою юридичною силою. Це може бути один акт або сукупність актів, проте важливим є сама вища ієрархічна вищість конституції по відношенню до інших джерел права. З точки зору своєї природи це може бути нормативно-правовий акт, ухвалений кимось (парламент, референдум, монарх) або як договір (що стало зараз рідкістю, але все ж залишається можливим, наприклад, у Боснії і Герцеговині конституція, – додаток до міжнародного договору – Дейтонських угод). Останній підхід (розгляд конституції як нормативного акта найвищої юридичної сили) може ґрунтуватися на ідеї установчої влади, а може і не ґрунтуватися. Ми продемонструємо, що справжнє сучасне розу-

міння конституції у формальному розумінні якраз генетично пов'язано саме із розумінням конституції як акта установчої влади. Водночас ми стверджуємо, що матеріальне розуміння конституції також важливе і не має ігноруватися. Саме тому ми приділимо матеріальному значенню і його взаємодії із формальним значенням велику увагу. Де досить яскраво можна буде побачити в концепціях неконституційних змін або розгляду неформальних способів змін до конституції.

Якщо ми звертаємося до конституції у формальному і матеріальному розумінні, то не можемо проігнорувати класифікацію на писані і неписані конституції. З урахуванням попереднього поділу на матеріальні і формальні, конституцію у матеріальному значенні, за відсутності нормативного джерела з найвищою юридичною силою, називають неписаною. Це ми досить яскраво продемонстрували в попередньому підрозділі на прикладі Великої Британії. Тут лише зазначимо, що формальне і матеріальне значення умовно може бути описане в термінах – писаної і неписаної конституції.

Як видається, термін «матеріальна конституція» є еквівалентом неписаної конституції, а «формальна конституція» – еквівалентом писаної конституції. Принаймні такий висновок можна зробити із праць К.Льовенштайна, який ув'язує формальний документ із писаною конституцією, а матеріальну конституцію із неписаною [288, s. 141-142].

Водночас не всі вчені згодні із використанням терміном «неписана конституція». Так, на думку Г.Франкенберга, текстуальна орієнтація призвела до кваліфікації множинності конституційних текстів, доповнених звичаями, практикою та прецедентом, як неписаних, тоді як ці конституції фізично не є неписаними, а скоріше некодифіковані – не містяться в одному документі. Вчений пропонує охарактеризувати конституційні режими Великобританія, Нової Зеландії, Ізраїля, Угорщини до 1949 року і навіть Канади як напівкодифіковані [178, p. 64].

Насправді, дійсно, термін «неписана конституція» трохи неточний, оскільки закони (статути), прецеденти існують в писаній формі. Проте точно неписаними є звичаї. Як вважає М.І. Козюбра, поділ конституцій на писані, неписані й змішані у сучасних умовах узагалі некоректний [580, с. 78]. На думку В.М. Шаповала, класифікація конституцій на писані і неписані є умовною [797, с. 11-12].

При наявності критики понять писаності і неписаності конституції і відповідного поділу ми не є прихильниками його ліквідації. В будь-якому разі термін «неписаний» став настільки поширеним, що повна відмова від нього навряд чи можлива.

Неписаність є певним відтінком поняття матеріальної конституції, що характеризує її джерельну базу. В матеріальному понятті важливим є також ціннісний аспект, який ми вже зазначали і розглянемо далі. Саме в аспекті джерельної бази матеріальної конституції, на наш погляд, і потрібно говорити про неписану конституцію.

Дійсно, незважаючи на те, що конституція визнана у всьому світі як письмовий текст, вона також складається з неписаних правил і принципів, які є такими ж важливими, як-от прецеденти, звичаї, традиції, норми, презумпції тощо⁴. Водночас неписана частина у вигляді названих вище джерел, яка є в кожній конституції, може доповнювати писану частину (під якою ми розуміємо один або декілька актів із найвищою юридичною силою) або існувати поряд із парламентськими актами, що не набувають такої формальної властивості як найвища юридична сила і тому ця «парламентська» частина вважається також умовно неписаною.

До проблеми наявності живої конституції, її реальності і дії, наявності інших матеріальних конституційних норм, що містяться в інших джерелах,

⁴ Щодо американської конституції про це детальніше див: [21; 345].

ми ще повернемося, так само як до т.з неформальних змін конституції актами законодавства, судової влади тощо.

На нашу ж думку умовність класифікації конституцій на писані і неписані, формальні і матеріальні можна розглянути під іншим кутом. У країнах із наявністю конституції формальному значенні дуже важливим є присутність матеріального значення як з точки зору предмету регулювання (тобто наявність у акті із найвищою юридичною силою під назвою «конституція» норм, що регулюють саме конституційні відносини, тобто стосуються устрою держави), а також з точки зору генетичної природи конституції – обмеження влади (конституція має закріплювати устрій, але не будь-який). Саме при такому підході умовність до поділу на формальне і матеріальне значення означає дуалізм, взаємодоповнення, а не жорстку і непримиренну дихотомію.

Ми тут хочемо звернути увагу на ідею про дуалізм конституції (її нормативного розуміння і як правопорядку певного типу), яку обґрунтовує М.В. Савчин [720, с. 95-96]. Ми погоджуємося із висловленим і наголошуємо на взаємодоповнюючій концепції конституції, де обидва значення – матеріальне і формальне ніколи не ігноруються. Теза про дуалізм (взаємодоповнення) формального і матеріального значення конституції потребує пояснення і уточнення. На жаль, вона поки що не стала загальноприйнятою або аксіоматичною.

Перш за все, матеріальне значення конституції часто використовується до більш давніх історичних періодів (Давньої Греції, Риму, станових установ Середньовіччя, основних законів того часу, октройованих хартій і договорів). Частково ми про нього вже говорили у попередньому підрозділі, розглядаючи еволюцію конституції. Чи коректно цей період пов'язувати із матеріальним значенням? З одного боку, тут є ряд ознак матеріального значення – наявність норм, хоч і без ознак найвищої юридичної сили і предмет регулювання – владні відносини. Водночас становий характер, незважаючи на багато в чо-

му прогресивні ідеї окремих документів, не дозволяє нам повноцінно вважати ці часи тими, де вже діяла конституція в матеріальному значенні. Статусу конституції вона набуває лише завдяки певним принциповим змістовним зсувам, як-от у Великій Британії в часи Славетної революції.

Саме тому часто виникає плутанина. Пов'язуючи матеріальну конституцію із давніми часами, часто ігнорується зміст. Важливість нормативної основи у вигляді певних принципів (обмеженого правління) стала визнаватися не так давно.

Та до сих пір досить поширеним є підхід визнання матеріального значення конституції без огляду на те, які принципи вона втілює. Це дозволило визнати конституцією у матеріальному значенні знану частину історичних джерел в різних країнах (що ми побачили досить яскраво в перших підрозділах цього дослідження). І сьогодні редукування конституції до будь-яких норм, що регулюють устрій держави або ж навіть просто до самого фактичного устрою і номінація його як матеріальної конституції є досить поширеним підходом.

Це означає шлях індукції і релятивізму: виведення конституції із фактичних інститутів безвідносно до нашого ставлення до тих принципів, на яких такі конституції будуються.

Як писав Г. Макілвейн, давній і традиційний погляд полягає в тому, що слово «конституція» застосовувалося до сутнісних принципів, які слід вивести з фактичних інститутів нації та їх розвитку [302, р. 3]. Були міркування про добрі і погані устрої держав, проте їм не було відмовлено у існуванні, вони вважалися фактом реальної дійсності.

Отож, чи допустиме твердження, що будь-яка держава має конституцію в матеріальному значенні? Відповідь залежить від того, що ми будемо вкладати в матеріальне значення. Вочевидь, що ті, хто відповідає ствердно, мають на увазі конституцію в матеріальному значенні – як устрій держави, тобто по

аналогії з тим, як тіло людини теж має власну будову (конституцію, як часто кажуть, по аналогію з тілом людини). За цією логікою такий устрій став притаманним державам із моменту їх виникнення і існує скрізь в світі сьогодні. В цьому, матеріальному значенні, і вживається термін «конституція». Певною мірою, в цій позиції є логіка. Багато хто продовжує дотримуватися релятивізму щодо такого устрою, допускаючи будь-який сценарій. Існує й релятивістське розуміння, відповідно до якого устрій може бути будь-яким, зміст устрою держави і принципи, на якому він побудований, не має значення. Питання полягає в тому, чи дійсно описовий, а, отже, релятивістський підхід може бути сьогодні збережений.

Існує значна частина прихильників релятивістського ставлення до конституції (або принаймні ті, що допускають такий підхід в історичному ключі або зводять його до матеріального розуміння конституції). Причому релятивізм може стосуватися або формального її розуміння, або конституції як устрою держави (конституції у матеріальному розумінні), або двох попередніх значень.

Сьогодні на підтримку такого релятивізму прямо чи опосередковано ми можемо знайти багато висловлювань. Ще К. Шмітт особливо не приховував свого скептичного ставлення і більшу прихильність до обстоюваного ним позитивного поняття конституції, яке є ціннісно нейтральним. Він писав: «З політичних міркувань «справжня» ... конституція часто називається лише тим, що відповідає певному ідеалу конституції. ... ліберальна буржуазія у своїй боротьбі проти абсолютної монархії створила певну ідеальну концепцію конституції і ототожнила її з поняттям конституції як такої» [377, s. 36].

Є більш нейтральні висловлювання, які можна оцінювати по-різному. За Д.Диженгаузом, філософи права та теоретики конституції загалом погоджуються, що кожен правопорядок має конституцію [331, р. 9]. Ю.Габермас вказує, що оскільки будь-яке політичне панування здійснюється у формі права,

якийсь правопорядок існує й там, де політичне насильство ще приручено з боку правової держави. Коротше кажучи, державний правопорядок буває поза інститутами правової держави [507]. Як зазначав Ю.М. Тодика, всі держави мають конституцію в матеріальному сенсі, але не у всіх є конституція в сенсі формальному [770, с. 8]. Тобто йдеться про досить широке матеріальне розуміння. На думку І.В. Сліденка на сьогодні мало в кого викликає сумнів той факт, що незалежно від того, існує конституція у вигляді окремого акта (актів) чи ні, на практиці конституція завжди існує там, де існують держава і право [733, с. 300].

Ми можемо якимось намагатися виправдати і взяти до уваги таке історичне розуміння матеріальної конституції в описових цілях. Чи коректно такий описовий підхід застосовувати в нинішній час, екстраполюючи на сьогоднішній день, – інше питання. В тому випадку, коли йдеться вже не про простий опис, а про свідоме припущення релятивістської природи конституції на нинішньому етапі, то це викликає великі питання.

Отже, існує точка зору, відповідно до якої конституція може визначати засади будь-якого політичного режиму в державі (навіть авторитарного чи тоталітарного). За такого підходу наявність відповідних ключових принципів (навіть якщо вони є недемократичними) і є ознакою конституції в її матеріальному розумінні. Проте такі конституції скоріше є семантичними (відповідно до класифікації німецького вченого К. Льовенштайна), тобто такими, що діють, але не відповідають ознакам конституціоналізму [579, с. 38]. Більш детально це питання буде розглянуто у підрозділі, присвяченому реальності конституцій.

Ми проти дескриптивного (описового) формату вивчення конституції, чи то в матеріальному, чи то в формальному значенні. Формальний документ (конституція) має містити певні принципи, а за відсутності такого формального документа - правління повинно будуватися на певних принципах (мате-

ріальне розуміння у значенні обмеженого правління). Писана конституція (за наявності) має тлумачити у зв'язку із неписаними принципами обмеженого правління. Ціннісна нейтральність документа, а також нейтральність принципів побудови влади (якщо формального документа не існує) ми не можемо сприйняти як даність.

Нейтральний підхід до писаного документа (конституції у формальному значенні) – данина позитивізму, адже позитивізм якраз і полягає у виведенні права за межі морального оцінювання. Логічно, що нейтральне розуміння конституції може стосуватися і конституції у матеріальному значенні (за відсутності формального акта, якщо вона існує у несистематизованому вигляді, без визнання найвищої юридичної сили). Той же Г. Кельзен цілком допускає конституцію як сукупність звичаєвих норм, що регулюють устрій держави, тобто досить давню історичну (як він її називає) конституцію.

Ми згодні з Д.Гріммом, який пише про те, що «наявність конституційного документа, який передбачав основні права та народне представництво, стало відмінною рисою категоризації світу націй, і питання про те, чи може лише конституційна держава в цьому сенсі претендувати на легітимність, було домінуючою темою у всьому світі у XIX ст.» [205, р. 44].

В Англії таку нормативну конституцію вдалося забезпечити шляхом неписаної матеріальної конституції, інакше інтерпретованої (як нормативної), хоч і у зв'язку із ухваленням формальних актів (Білль про права 1689 року), проте без отримання ним вищої юридичної сили. В США та на європейському континенті таке нормативне поняття втілювалося у появі конституції в формальному розумінні.

Нами матеріальне значення конституції розглядається як положення, що регулюють лише певний державний і політичний устрій, а не будь-який. Не будь-який устрій визнається правильним, «конституційним», а лише той, що гарантує права і обмежує владу. Ми вважаємо саме цей, другий підхід

більш коректним. Саме це і було метою появи конституцій, хоч виключно в матеріальному (Британія), хоч в формальному як доповнення до матеріального значення (США і Франції). Так чи інакше конституція в матеріальному значенні редукується до сфери нормативного, а не фактичного. Це цілком логічно з точки зору нормативної природи прав і розгляду конституції саме в нормативному аспекті. В протилежному випадку ми отримаємо інституційне визначення конституції як реальних суспільних відносин. Спочатку нормативна основа і її результат в публічному праві розглядалися як єдине ціле, проте із удосконаленням суспільного життя норма і факт почали автономізуватися.

Ми підтримуємо стосовно сьогодення використання матеріального значення конституції виключно як ціннісного. Ми маємо чітко розуміти призначення конституції – обмеження влади. Цей аспект дуже добре показує Дж. Сарторі [725, с. 188].

Саме це і має бути основою розуміння матеріального значення конституції. Цей аспект може також використовуватися для критичного осмислення конституції у формальному розумінні. Так, А.Гампер стверджує, що концепція західної чи ліберальної конституції передбачає ціннісне рішення на користь певних конституційних принципів, а не лише того, що конституція так чи інакше стосується державного порядку [183, с. 35-36]. В. Речицький особливо підкреслює і наголошує на понятті «органічна конституція» [693, С. 33, 43], тобто на конституції певного змісту і призначення. Як пише Ж.Мере, конституція – це не текст, а взаємне визнання природних прав індивідів, котре вже виражене у звичаях і моралі [641, с. 172].

У цьому зв'язку наголосимо на тісному зв'язку ідеї матеріальної конституції із природним правом. Саме воно і стало основою для текстів конституцій, проте залишається автономним по відношенню до них.

Такий матеріальний підхід до писаної конституції як сукупності цінностей (головним чином, що базуються на ідеях природного права) є досить поширеним у юриспруденції конституційних і верховних судів.

Як пише К.Гессе, «розуміння ФКС конституції є не лише формальним. Конституція розуміється скоріше як певна матеріальна єдність, зміст якої відображено в основних цінностях позитивного права, ув'язаних конституцією по традиціям ліберально-представницької демократії, ліберально-правової держави, федеративної держави, а також відповідно до більш повних принципів – принципів соціальної держави в систему цінностей, що складають основу держави, що є нейтральною в питаннях світогляду, але не в питаннях права» [231].

Якщо брати ФРН, то там для такого матеріального розуміння конституції є підґрунтя в самому тексті основного закону 1949 року. Так, в ч. 3 ст. 20 Основного закону йдеться про те, що законодавча влада зв'язана конституційним ладом (*die verfassungsmäßige Ordnung*), виконавча і судова влада – законом і правом [209]. В українському перекладі йдеться про зв'язаність законодавства конституцією [739, с. 461]. До речі, як пише К.Собота, те, що і виконавча і судова влада теж зв'язані конституцією, а законодавча - чинними законам, можна дізнатися з тексту, правда, не безпосередньою. Для цього потрібно звернутися до зв'язків поза текстом [739, с. 461, 544]. У зв'язку із цим цілком справедливо О.М. Бориславська констатує панування природно-правової концепції у повоєнному німецькому праві загалом і в державному зокрема [484, С. 176].

Якщо ж брати досвід Франції, то там теж ключовим у розумінні змісту (матеріального аспекту) конституції є її ціннісний аспект, який є критично важливим задля забезпечення єдності з формою. Таким чином, важливим є не тільки і не стільки формалізація конституції у вигляді писаного акта з відпо-

відною назвою, регулювання владних відносин, скільки виконання конституцією свого призначення – обмеження державної влади [579, с. 38].

Цікавими в цьому плані є коментарі Конституційного трибуналу Перу. У рішенні від 2003 року він стверджував (п. 17), що не «...будь-який документ можна вважати Конституцією. Це має бути результат діяльності установчої влади, і в її тексті, як виражено у статті 16 Французької декларації прав людини і громадянина, основні права людини, а також розподіл влади, які є основними цінностями конституційної держави, повинні бути мінімально визнані та гарантовані.» [383].

Отже, ключова і принципова ідея – обмеження влади, що забезпечується взаємодоповненням матеріального і формального розуміння конституції (але у певних випадках, як от у Великій Британії, може будуватися лише на матеріальному розумінні). Ця ідея пронизує усю ідею конституції і конституціоналізму.

Ідея обмеження влади панувала в епоху Т.Пейна, який розглядав конституцію у двох її виявах: по-перше, як творення уряду і наділення його владою; по-друге, як регулювання та обмеження цієї влади [659, С. 184].

Як зазначає Ф. Гаєк, мета конституцій – запобігти будь-яким свавільним діям [228]. З цієї ідеї обмеження свавілля випливає те, що Конституція має обмежувальну функцію, що обґрунтував Ю.М.Тодика [770, с. 77].

Чому ж так сталося, що так багато прихильників того, щоб індуктивно зводити зводить конституцію до опису існуючих явищ реальної дійсності? (хоч і за нашими враженнями, все ж їх меншість).

По-перше, це методологічна причина. К Гессе вказує: «Оскільки нормативність чинної конституції відображає історично конкретний лад і історично конкретне життя, яке вона покликана регулювати, то у викладі основних рис чинного конституційного права можна спиратися лише на сучасну індивідуально-конкретну конституцію» [231].

Тому спираючись на конституцію конкретної країни, а не на абстрактну теорію конституції взагалі, методологічно може бути вибудована відповідна релятивістська модель. Крім цього, мабуть, конституційне право кожної країни має власну конституційну теорію, що теж потрібно враховувати. Тобто описовий (дескриптивний) характер притаманний, так чи інакше конституційному праву певної країни і вивченню національної конституції. Вивчення конституцій зарубіжних країн також часто пов'язано із описовістю. Натомість відмежування вивчення конституційного права конкретної країни (навіть зарубіжної) від теорії конституції часто не здійснюється. Цей поділ, який ми навели, дуже рідко відчутний у конституційних дослідженнях. Саме тому теорія конституції впадає в описову крайність вивчення національних формальних конституцій.

Водночас, наголошуючи на нормативному вимірі теорії конституції, ми би говорили, що вона має стосуватися не лише теорії конституції, а також конституційної теорії і конституційного права конкретної країни. Описовість і догматичність в цьому плані протиставляється нормативності. Нормативність конституційної теорії, навіть в національному вимірі, з огляду на певні цінності, є дуже важливою.

Більше того, навіть якщо говорити про теорію конституції в національному вимірі або ж про конституційну теорію певної країни, також не варто все зводити до простої описовості і догматизму. Тобто навіть вузька конституційна теорія конкретної країни має давати певну оцінку і формувати вимоги, а не просто робити нейтральні узагальнення виходячи із індуктивного пізнання реальності.

Саме тому теорія конституції (як узагальнене вчення про конституцію взагалі) може бути корисним для національної теорії конституції. Остання має іманентно будуватися на такій теорії. Звичайно, відбувається і рух в зво-

ротному напрямку: національна теорія конституції може давати «їжу для роздумів» для універсального вчення по конституцію.

По-друге, будь-яка формальна конституція за своєю природою закладає суперечність – вона не може бути сприйнята без елемента позитивної правотворчості і позитивного регулювання влади (а не лише негативного).

Побудова ідеальної теорії конституції без огляду на позитивізм – тобто позитивне конструювання тексту конституції і його застосування неможливе. Через це й неможливим є повністю універсалістський підхід до конституції. Це не означає повний релятивізм, що означало б протилежну крайність. Принаймні ми можемо казати про певну «свободу розсуду» конституцієдавця у великій кількості питань. Так само йдеться і про можливі різноманітні підходи до практики застосування конституції. Вивчення і розгляд реального виміру є необхідним.

Загалом, конституціоналізм є дуалістичним явищем, що включає одночасне конституювання та обмеження влади, яке, де він існує, несе з собою дуже особливе поєднання правового та політичного [380, р. 2183]. Конституції стримують уряд: вони формують набір недоторканих принципів що має відповідати майбутня законотворчість та урядова діяльність; але конституції також дають можливість уряду, надаючи повноваження установам, а в деяких випадках, зобов'язуючи їх сприяти соціальному добробуту [391, р. 6]. Як вказує Й. Ізензее, найважливіша функція конституції полягає в тому, щоб заснувати державне правління, поставити перед ним цілі, приборкати його, структурувати, обмежити [226, s. 5].

Тобто засновуючи уряд, надаючи йому повноваження, вона створює певний устрій. Звичайно, ми говоримо про певні механізми його обмеження, проте межу між позитивізацією устрою і його обмеженням, між дотриманням тих ідеалів, заради яких конституції створюються і порушенням таких ідеалів, завжди потрібно якось проводити. У зв'язку з цим певний розсуд в кон-

ституційній правотворчості ми маємо допускати, не зводячи його, звичайно, до безмежного. Це питання обмеження установчої влади, яке ми будемо детально розглядати в третьому розділі, а також питання класифікацій конституції залежно від їх змістовного наповнення, до якого ми ще повернемося у цьому розділі. Справа в тому, що важливу роль в усвідомленні сутності конституції зіграли класифікації конституції К.Льовештайна і Дж. Сарторі – вони надають оцінку як взаємодії формальної конституції із матеріальними принципами конституціоналізму, а також із реальністю. По суті, вчені вловили найбільш значущі парадигмальні проблеми і спробували їх пояснити. Саме ця проблема і буде однією з центральних в нашому дослідженні в подальших розділах. Самі ж ці класифікації ми розглянемо в окремому підрозділі.

Отже, ми пропонуємо виокремлювати такі підходи до конституції: 1) формальний: конституція – це єдиний писаний акт або сукупність актів (несистематизована конституція або у формі «конституційного блоку»), що має найвищу юридичну силу і особливий порядок зміни; 2) матеріальний: конституція – сукупність норм, що містяться в одному або різних джерелах (наприклад, Велика Британія), які регулюють устрій держави без формально вищої юридичної сили і ускладненого порядку внесення змін. В рамках матеріального існує два підходи: 1) релятивістський – допустимим є будь-який устрій і його принципи; 2) обмежувальний – устрій має обов'язково ґрунтуватися на нормах, що гарантують права людини, поділ і обмеження державної влади.

Історичне розуміння конституції як устрою спочатку мало суто описовий характер, проте вже оцінювалося з позицій доброго чи поганого устрою. Згодом ця тенденція підсилилася і з описового відбувається перехід до нормативних уявлень. Створюється повноцінне матеріальне розуміння, яке «виросло» із старих уявлень, еволюціонувавши до необхідності досягнення цінностей прав людини і обмеження правління. Остаточо це відбулося в Англії

в період Славної революції, не створивши проте ще конституції в формальному значенні. Згодом для підсилення ціннісного нормативного ефекту з'являється формальне розуміння і надання писаній конституції найвищої юридичної сили, трансформуючи також англійську (матеріальну) модель з точки зору відходу від принципу суверенітету парламенту.

«Боротьба» за таке нове формальне розуміння конституції (що базувалося на матеріальному, підсилювало його) була досить довгою. Концепція матеріальної конституції *per se* використовувалася вже після появи писаних конституцій в багатьох країнах у ХІХ ст. Крім того, ідея основного закону як договору певний час витісняла розуміння конституції як писаного акта установчої влади, що також стримувало набуття властивостей акта найвищої юридичної сили.

Саме по собі матеріальне значення, особливо при розгляді його в ціннісному аспекті, не є чимось поганим. Навпаки, наголос на таких цінностях є особливо важливим. Без цього відбувається релятивізація формальної конституції у сучасному світі, визнання за будь-яким писаним актом із відповідною назвою статусу конституції (за умови його дії в державі за принципом ефективності). Останнє питання (щодо визнання статусу конституції) за формальними актами із будь-яким змістом – окреме складне питання, що потребує досить детального аналізу (чому ми присвятили окремий підрозділ в рамках нашого дослідження).

Особливо важливо підкреслити генезу конституції у формальному значенні – вона виросла із матеріального значення як устрою держави, будучи доповненою на певному історичному етапі певними принципами, а згодом – і значенням формальним. Саме таку послідовність ми маємо тримати мати на увазі. Формальне значення конституції дозволило активно впливати на такий устрій шляхом його цілеспрямованого конструювання і заперечення ідеї історичної детермінованості.

Це дуже важлива ідея симбіозу формальної конституції і матеріального конституційного права. Ідеться про усвідомлення ролі і значення установчої влади, яка є центральною проблемою нашого дослідження. Будучи джерелом конституції у формальному значенні, установча влада, здійснена у формі прийняття конституції як документа, зустрічається із матеріальною конституцією (неписаними фундаментальними принципами). Тому на етапі прийняття конституції і здійснення установчої влади це варто обов'язково враховувати. Крім того, дія конституції відбувається в умовах існування різного роду джерел, що становлять матеріальну конституцію. Тому процес їх узгодженого функціонування вартий уваги і аналізу, адже він не менш важливий, ніж формальне прийняття писаної конституції і внесення до неї змін. Більш детально цю проблематику ми будемо аналізувати у другому і третьому розділах.

Матеріальне значення повинно бути присутнє обов'язково. Формальне – значення є факультативним, проте в сучасному світі майже загальноприйнятим. По суті єдиною значущою гілкою в світі, яка пішла шляхом одного (виключного матеріального) значення – це британське право.

Зрозуміло, що із появою писаного тексту вже не було жодного сенсу апелювати до простої описовості матеріального значення, яке було спочатку. Формальна конституція мала закріпити певний устрій, а не будь-який.

Таким чином, ми можемо прийти до дуалізму матеріального і формального значення конституції – в тих державах, де є писана конституція як акт із найвищою юридичною силою (і можливо навіть за своєю природою – як акт установчої влади).

Ми висловлюємо позицію про дуальність (єдність формальної і матеріальної конституції). Формальна конституція – має ґрунтуватися і втілювати матеріальну конституцію як певні важливі принципи конституціоналізму. При цьому допустимим і цілком нормальним є розсуд конституцієдавця у механіці втілення цих принципів, для чого власне писана конституція, зокре-

ма, і потрібна. Крім того, в процесі застосування цілком допустиме є звернення до неписаних принципів матеріальної конституції. Отже, особливо важливо підкреслити генезу конституції – вона сформувалася у два етапи: виникнення матеріального значення, яке було доповнене на пізнішому історичному етапі значенням формальним.

1.3. Характеристика конституції у формальному значенні

Історичний розвиток ідеї і практики ухвалення писаних конституцій у формальному значенні, як актів із найвищою юридичною силою, ми детально описали в попередніх підрозділах. Варто розуміти, що в цьому значенні, ані в античності, ані в середньовічній континентальній Європі і Англії не було. Відповідна ідея завдячує своєю появою і практичним втіленням досвіду, що мав місце в американських колоніях і згодом – штатах. Саме конституцію у формальному розумінні мають на увазі, коли пишуть про народження сучасного поняття конституції.

До таких висновків приходять багато вчених. Стверджується, що писані конституції – це феномен, який з'явився порівняно недавно, і набув свого розповсюдження з отриманням американськими колоніями незалежності у XVIII ст. і що породив сучасні конституційні відносини [248]. Сучасне поняття «конституції» сягає другої половини вісімнадцятого століття [178, р. 21]. Поява сучасної конституції в Північній Америці та Франції наприкінці вісімнадцятого століття відносно добре досліджена та задокументована [205, р. 41].

В контексті теоретичного осмислення конституції часто звертаються до класичної праці швейцарського мислителя Е. де Ваттеля у його праці «Право народів» 1758 р. Вважається, що вимогу писаної конституції формулює саме Ваттель [325, р. 102]. Як зазначає Е. де Ваттель, основні засади, що визначають спосіб, яким повинна здійснюватися публічна влада, являє собою те, що

створює конституцію держави. По суті конституція є ні чим іншим, як встановленням порядку, в якому нація ставить перед собою мету працювати на досягнення благ, заради яких засноване політичне співтовариство [421].

Незважаючи на те, що, як на нас, Ваттель визначає конституцію за матеріальними критеріями, те, як викладені його ідеї, як вважається, дало поштовх до ухвалення писаних конституцій. Головним чином, формальні ознаки закономірно впливають із цього ідеї щодо особливості зміни конституції, до чого ми ще повернемося у другому розділі (саме ці ідеї можна назвати одними із передвісників доктрини установчої влади). Ідеї Ваттеля стали популярними в Америці і в Європі. Формується вчення про конституцію, а також починається практика ухвалення писаних конституцій (актів із відповідною назвою).

Яку писану конституцію варто назвати найпершою? У попередніх розділах ми вже наводили приклади проєктів, які так і не були ухвалені або ж ухвалених документів, які називали конституцією. Як на нас, то будь-яка відповідь на це питання носитиме умовний характер і відображатиме суб'єктивне уявлення якогось автора. Скоріше за все акцент на вишукуванні такої першої писаної конституції у формальному розумінні має зміститися на те, що це результат «малих кроків», який призвів до кумулятивного ефекту. Умовно кажучи, результатом цього ефекту є Конституція США 1787 року як перша формальна конституція в світі. Проте вивчивши фактори, що вплинули на появу сучасних конституцій, ми бачимо, що цей крок було би уявити неможливо без усіх інших ухвалених перед цим актів. Від того, наскільки той чи інший малий крок максимально схожий на документ 1787 року часто і відштовху-

ються при номінації того чи іншого, більш раннього, акта як першої конституції в світі⁵.

Наведені у першому підрозділі, що присвячений Британії, США і континентальній Європі, емпіричні міркування вимагають певних узагальнень і доповнень з точки зору причин появи і переваг конституції як формального акта і з найвищою юридичною силою.

Виокремимо три аспекти. Перший із них – це реакція на абсолютизм і намагання обмежити суверенну владу монарха. При цьому треба підкреслити неспроможність договірних підходів до регулювання відносин. На певному етапі вони вичерпали свої можливості через обмеженість свого функціоналу.

Д. Грімм детально пояснює відмінність писаної конституції від договору: там, де старі правові зв'язки діяли лише між договірними сторонами, сучасні конституції стосувалися всього народу [205, р. 14-15]. Х. Арендт зазначає: ані договору, ані обіцянки, на якому ґрунтуються договори, недостатньо, щоб забезпечити довговічність, інакше кажучи, надати справам людини тієї міри стабільності, без якої вони були б не в змозі залишити в цьому світі для своїх нащадків щось, що пережило б їх самих [28]. Крім того, важливою (другий аспект) причиною була еволюція від звичаю до писаного права. Цю ідею висловлює також Д. Грімм – умовою для появи сучасної конституції був перехід до позитивного права [205, р. 45-52].

І ще один важливий (третій) аспект. Конституційна держава є дитиною раціоналізму XVII та XVIII століть: віри в людський розум, абсолютний та незмінний, незалежний від ніяких «історичних», себто мінливих обставин [742, с 414]. Як зазначає К. Льовенштайн, офіційний конституційний документ розглядався як печатка нового суспільного порядку і як гарантія того,

⁵ Серед них часто називають і т.з. «Конституцію Пилипа Орлика» 1710 року, проте ми вимушені підтримати С. Головатого в тому, що цей документ «все-таки не є конституцією *per se*». Див.: [515, С. 228-229].

конституційний уряд стане раз і назавжди ні чим іншим, як демократичним конституціоналізмом, що санкціонований писаною конституцією [288, s. 137].

З'ясувавши головні причини, перейдемо до наслідків, які з'явилися після появи формальної конституції. Роль писаного джерела об'єктивно має багато суто юридичних переваг. Формальне розуміння конституції дозволило їй закріпитися у сучасному світі. Саме переваги такого письмового джерела ми будемо обговорювати. Письмове джерело окрім певних юридичних властивостей, зумовлених самим фактом систематизації, отримало величезне «трансформаційне» значення. Тобто, на відміну, від історичного і еволюційного визрівання протоконституцій, формальна конституція, будучи позитивним актом певної волі установчої влади, яка ґрунтується на народній легітимності, отримує великі можливості проводити зміни «зверху вниз». Поза таким писаним формальним актом відповідні можливості були набагато меншими і потребували набагато більшого часу. Тобто ми яскраво бачимо, що завдяки конституції відбувається суттєве суспільне прискорення. Прискорення соціальних транзакцій водночас стає призначенням самої конституції (за В.Речицьким).

Виникає водночас і небезпека. Визрівання і час допомагав при попередньому порядку (*assient regime*) уникати крайнощів і створював запобіжники. Швидкість створення позитивної конституції і такий самий швидкий ефект з точки зору дії її норм в суспільстві, за умови зловживань, недобросовісності і автократії може мати вкрай негативні наслідки. Конституціями навчилися користуватися автократи і тоталітарні режими для своїх цілей. Це зворотна сторона писаної форми і властивостей найвищої юридичної сили і підвищеної стабільності. Ми маємо завжди пам'ятати про цю зворотну сторону писаної форми і можливість зловживання нею. Величезний внесок в доктринальному плані для того, щоб відмежовувати справжні конституції від несправж-

ніх зробили К. Льовенштайн і Дж. Сарторі, які розробили класифікацію конституцій і чий підхід ми детальніше розглянемо в наступному підрозділі.

Надзвичайно важливою рисою писаної конституції є її очевидні переваги при обмеженні влади. Як пише Б.Таманага, у сучасних ліберальних демократіях обов'язкова для виконання конституція заміщує собою божественний чи природний закон, давній закон чи звичаєве право античних Греції і Риму та Середньовіччя, забезпечуючи правовий контроль над владою [755, с. 66]. Тобто згадана перед цим позитивізація має якраз наслідок у вигляді додаткових можливостей для обмеження влади. На думку А. Шайо, коли конституція уявляє собою письмовий юридичний документ, вона стає придатною для судово-правової практики, що робить можливим реалізацію статей конституції [366]. Звичайно, одні слова не здатні зупинити сповзання країни до авторитаризму. Тим не менше, кодифікація забезпечує, або принаймні ставить перешкоду на шляху до демократичного занепаду [15, р. 125].

До переваг доєднується не тільки значна роль в обмеженні влади, а й гарантування прав, формування засад устрою в цілому. Тобто йдеться про конституціоналізм у позитивному значенні. Ці переваги також забезпечуються завдяки найвищій юридичній силі і підвищеній стабільності і стають очевидними.

Джерелом формального розуміння було уявлення, що існують деякі права особливої ваги та значення, які власне з огляду на їх значення вимагають і особливої форми [741, с. 156]. Якщо зміст конституції викладається в акті, то це має такий самий зміст, що і будь-яке актування: те, що актується, повинно мати юридичну ясність і юридичну достовірність [231].

Формальна конституція стала ерзацем традицій в трансформаційних суспільствах, що має як свої переваги, так і недоліки. Як вказує Ф.Гаек, багатьом країнам не вистачає ще загальнокультурної ситуації, просякнутої традиціями і віруваннями, яка в більш удачливих країнах живить конституцій-

ний дух і дозволяє конституції працювати і там, де деякі з її положень не зафіксовані в явній формі, і навіть там, де конституція не записана взагалі [228]. Недоліком водночас є те, що за відсутності традиції без справжнього бажання щось змінювати конституція може перетворитися на імітацію і стати суто номінальною.

Ключовою перевагою, завдяки якому реалізуються всі вище названі, і яка є інтегруючою і пов'язана суто з юридичними властивостями формальної конституції, є вища юридична сила. Ю.М.Тодика писав, що в формальному сенсі про конституцію кажуть як про закон або групу законів, що мають вищу юридичну силу по відношенню до всіх звичайних законів [770, с. 8].

Перевагою формальної конституції є можливість появи конституції як акта установчої влади, що означає її демократичну легітимацію. Нівелювання писаного тексту буде означати і нівелювання установчої влади. Як пише Ф.Мюллер, якщо текст установчої влади має бути мірою легітимності, то це лише легітимує її в тій мірі, в якій юридична практика залишається у відповідності з текстами відповідних норм (установчої влади) [310, с. 19].

Створення писаної конституції поєднується з механізмом конституційного контролю. Раніше, без формальної конституції, він був неможливий. Тепер з'являється формальний акт із найвищою юридичною силою як основа для конституційного контролю і здійснення інших форм захисту конституції. Такий контроль вперше з'являється у США, але паралельно певні спроби робилися також у Франції – ідея конституційного журі Сійеса. Згодом ідея спеціалізованого конституційного контролю і створення конституційних судів відбувається після обґрунтування цієї концепції Кельзеном у 20-х роках ХХ ст.

Ще однією перевагою є підвищена стабільність писаного тексту. Насправді сам факт писаності без особливої процедури внесення змін, що забезпечувала б його стабільність і гарантії того, що в ньому записано, ще не

створив сучасну писану конституцію.

Вважається, якщо проста більшість може змінити конституції, то її функція буде під загрозою. Вона стає інструментом у руках більшості і перестає ефективно захищати меншість чи опозицію [325, р. 110].

При цьому обидві властивості конституції у формальному розумінні: найвища юридична сила (ієрархічність), а також підвищена стабільність мають свою зворотну сторону. У випадку розриву із матеріальним значенням, тобто надання цих властивостей тим положенням, яким ці властивості не мають бути притаманні, ми отримуємо цілком протилежні наслідки, від тих корисних очікувань, що нами покладалися на конституцію у формальному значенні.

Це дуже важлива думка. Насправді вища юридична сила – це лише технічна властивість, яка має допомагати досягненню певних цілей, але не бути самодостатнім фактором. Якщо про це забути, то, умовно кажучи, завдяки цій властивості ми можемо написати будь-які принципи і зробити їх найвищими. Конституція по відношенню до таких принципів виконує тут скоріше захисну функцію ніж формуючу. Крім того, конституція не має бути надто деталізованою з точки зору закріплення норм, які повинні бути результатом політики, тобто законодавчої влади. Перенасиченість формального акта не є корисним. Із цієї формальної можливості надати вищої юридичної сили будь-чому випливають ряд серйозних небезпек. Отже, поряд із перевагами формальної конституції, ми маємо згадати і про її недоліки. Як зазначає Г. Франкенберг, будь-який аспект правління дає змогу надати конституційним документам і конституційним аргументам силу магії, а також її темну сторону – обман – шляхом маскуванню, а не створення плану влади, проголошення, а не гарантування прав, встановлення цінностей, які не можуть бути застосовані ніде [178, р. 20].

Це важливий момент, який ознаменовує втрату «монополії» історичної матеріальної конституції, яка склалася під впливом еволюції. Постає або ж повністю формальна конституція як результат революції (приклад – Франція). Її недолік – нестабільність у зв'язку із тим, що вона не відображає реально сформованих суспільних інститутів. Або ж ми отримуємо симбіоз формального акта, що частково відображає вже існуючі інститути, а частково має реформаторський потенціал і впливає на існуючі відносини у перспективі. По суті звичаєва (історична, матеріальна) конституція перетворюється на формальну.

Водночас існує також ризик втрати регулятивності інших норм, які замінює конституція, якщо писана конституція сама виявиться тимчасовою і це небезпечно. Як вказує Ю.Габермас, «в контексті важливості позитивізації конституції і небезпеки її скасування, поки хтось міг повернутися до релігійно чи метафізично обґрунтованого природного закону, вир тимчасовості, що огортає позитивний закон, міг бути стриманий мораллю». Водночас «побудовані плюралістичні суспільства з такими інтегрованими світоглядами та колективно зобов'язуючими етичними системами розпалися» [219, р. 115]. Тобто, створивши нову модель, в разі втрати писаного джерела ми сильно ризикуємо.

Конституція стала результатом закономірностей розвитку права і може мати як позитивний, так і негативний ефект. Установча влада для писаної конституції – це певною мірою гарантія того, щоб те, що написано, було органічним, відповідало здоровому глузду і реальності, не було штучним, а народ брав участь у створенні конституції і її змінах. Якщо ж ідеться про зміну реальності за допомогою конституції, то цінності, на яких така зміна відбувається, мають бути беззаперечними. Лише за допомогою певних умов (за Гаєком йдеться, до прикладу, про існування суспільної думки і судів) вона може працювати і стати реальністю.

Отже, переваги писаної форми мають обмежений характер і пов'язані з тим, що конституцію як писаний акт не можна використовувати для будь-яких цілей і вона їх просто не може забезпечити. Це традиційне уявлення про конституцію нерідко ігнорується, різні суспільства намагаються вирішити за допомогою конституції різні непритаманні їй завдання. Таку наукову школу вчених можна назвати обережно консервативною. Дійсно, конституція має обмежені можливості у «переробленні» суспільства, вирішення завдань точної політики або гарантування соціальної справедливості. Як правило, проблеми з чинністю і ефективністю конституцій пов'язані саме із намаганням втрутитися в ці питання. Разом з цим, ігнорувати сам факт такого втручання ми теж не можемо. Навряд чи історію можна повернути назад і якимось чином заборонити ці процеси. Це теж неможливо. Саме тому ми маємо рахуватися із відповідними фактами, аналізувати їх, намагатися виявити випадки, коли країни можуть отримати якісь переваги за допомогою різного роду конституційного регулювання, але ми маємо також об'єктивно говорити і про невдачі.

Усі формальні переваги (як власне і недоліки) можуть набуватися конституцією навіть поза її кодифікацію в єдиному документі⁶. Тут треба зробити зауваження. Часто саме втілення конституції у розрізнені (у тому числі писаних) джерелах вказують як ознаку наявності конституції у матеріальному значенні і її неписаний характер. Насправді більш важливою є така властивість, як найвища юридична сила (навіть якщо формально конституція складається з декількох актів). За наявності такої властивості можемо стверджувати про існування формальної конституції. За відсутності цієї властивості – кодифікованість єдиного писаного документа не матиме якогось серйозного юридичного значення.

⁶ В.Ф. Мелашенко використовує для позначення такої кодифікованої конституції термін «моноконституційний акт». [639, С. 215].

Тому Конституція у формальному розумінні окрім цілісного єдиного кодифікованого акта може також виявлятися у формі несистематизованої (некодифікованої) конституції, іноді для цього використовується таке поняття як «конституційний блок». Також вживається термін «багатотекстова конституція» [16], використовуються і деякі інші конструкції.

Почнемо з такого оригінального поняття як «конституційний блок». Батьківщиною доктрини конституційного блоку (*bloc de constitutionnalité* – фр.) є Франція. Ця доктрина завдячує своїй появі практиці Конституційної Ради на підставі Конституції V Республіки 1958 року. До конституційного блоку належать, зокрема, основні принципи, визнані законами Республіки (згадуються саме в такому формулюванні в преамбулі до Конституції 1946 р.). Точне визначення таких принципів, по суті, завдання – Конституційної Ради Франції. Також до конституційного блоку входить Екологічна хартія 2004 року, вписана в преамбулу Конституції 1958 року конституційним законом від 1 березня 2005 р. Термін «конституційний блок» напряду використовується Конституційною Радою в своїх рішеннях (див., напр., рішення n° 85-204 DC від 16 січня 1986 р. [137]). Вважається, що вираз «конституційний блок» належить французькому юристу Л. Фаворе.

Своїми рішеннями судді Конституційної Ради вирішили поширити свій контроль конституційності на преамбулу Конституції 1958 року, а також на Декларацію прав людини і громадянина 1789 року та Преамбулу Конституції 1946 року, на які вона посилається. Рішення Конституційної Ради № 71-44 DC, прийняте 16 липня 1971 р. [129], встановило свободу асоціацій серед основоположних принципів, визнаних законами Республіки, згаданими в преамбулі Конституції 1946 року і «урочисто підтвердженими» Конституцією від 4 жовтня 1958 року. Оскільки закон 1901 року, що передбачав свободу об'єднання, був таким "республіканським" законом, захищав свободу асоціацій, така свобода повинна мати і конституційний статус. Таким чином, відбу-

лася «Революція прав», за якою Конституційна рада перетворила «незначну» преамбулу 1958 року на «матрешку», відкривши майже безмежні конституційні ресурси [201, р. 5]. Завдяки посланню Конституційної Ради на преамбулу до Конституції 1946 року та Конституції 1958 року, Декларація прав людини та громадянина офіційно увійшла до конституційного блоку внаслідок рішення прооподаткування № 73-51 від 27 грудня 1973 року (стосовно принципу рівності) [136].

Що стосується Екологічної хартії, то Конституційна рада вперше послалася на неї в Рішенні № 2005-514 DC від 28 квітня 2005 року (щодо створення Французького міжнародного реєстру реєстрації суден) [132]. Конституційна рада встановила, що законодавець не знехтував принципом сталого розвитку, викладеним у статті 6 Екологічної хартії. У п. 18 рішення Конституційної ради Франції n° 2008-564 DC від 19 червня 2008 р. щодо закону про «ГМО» стверджується, що «...всі права та обов'язки, визначені Екологічною хартією, мають конституційне значення; вони нав'язують себе органам державної влади та адміністративним органам у відповідних галузях своєї компетенції». Положення Екологічної хартії як конституційного джерела були застосовані Конституційною радою Франції також у рішеннях від 29 грудня 2009 р. № 2009–599 DC, від 8 квітня 2011 р. № 2011-116 QPC і від 31 січня 2020 р. № 2019-823 .

Ці рішення свідчать про те, що будь-яке доповнення до преамбули супроводжується практичними наслідками і додає ще одне письмове джерело конституційних норм, поряд з іншими [201, р. 15].

Доктрина конституційного блоку також знайшла своє втілення в юриспруденції КС Молдови. В постанові від 5 грудня 2013 р. № 36 (звернення № 8b-41b/2013) про тлумачення частини 1 статті 13 Конституції у співвідношенні з Преамбулою Конституції і Декларації про незалежність Республіки Молдова [673] суд вказав, що «Декларація про незалежність є вихідним, не-

доторканим та непорушним елементом конституційного блоку». (п. 90 мотивувальної частини) і «при здійсненні контролю конституційності чи наданні тлумачення слід пам'ятати як про текст Конституції, так і про конституційні принципи, що формують конституційний блок» (п. 91 мотивувальної частини). Резолютивна частина також стверджує: «За змістом Преамбули Конституції, Декларація про незалежність Республіки Молдова є єдиним цілим з Конституцією, будучи вихідним і непорушним конституційним текстом конституційного блоку. У разі протиріч між текстом Декларації про незалежність та текстом Конституції, превалює вихідний конституційний текст Декларації про незалежність» (п.1-2).

Варто зазначити, що доктрина конституційного блоку у вітчизняній науці та й в конституційній теорії загалом недостатньо поширена. Найбільше можемо спиратися на досвід Франції, де власне конституційний блок – загальновизнане поняття, яким оперує Конституційна Рада. В цій країні є акт під назвою «конституція», всі інші акти в якості елементів конституційного блоку джерелом своєї легітимності мають свою пряму чи опосередковану згадку в конституції.

Отже, нам вдалося знайти лише два приклади, де органи конституційного судочинства напряду визнали факт існування конституційного блоку. Це Франція і Молдова. Але за аналогією, схожих ситуацій, коли конституцію (яка має найвищу юридичну силу) становлять декілька актів, доволі багато (хоч і при цьому термін «конституційний блок» і не вживається). Так, А. Шайо і Р.Уітц оперують поняттям «конституційний блок» щодо Конституції Нідерландів (ст. 120) і деяких конституцій латиноамериканських країн, де міжнародні договори в сфері прав людини стають частиною національної конституції, утворюючи уявний конституційний блок [370].

У Естонській Республіки разом із конституцією на референдумі був ухвалений Закон «Про введення в дію Конституції». Він разом із Конституці-

єю набрав чинності на наступний день після прийняття на референдумі. Причому зміни до цього закону можуть бути внесені в порядку, передбаченому для внесення змін до Конституції (ст. 1 і 9 відповідного Закону) [588, с. 155, 160]. Формально – це окремий конституційний закон, але він таким чином нерозривно пов'язаний із основним текстом і особливим чином захищений. Модель конституційного закону щодо відповідних актів про введення в дію конституції була обрана в Словенії [605, с. 71] і Північній Македонії [601, с. 145].

Відповідно до ст. 143 Конституції Республіки Косово незважаючи на положення цієї Конституції всі гілки влади Республіки Косово зобов'язані дотримуватися зобов'язань Республіки Косово по зведеній пропозиції щодо статусу Республіки Косово від 26 березня 2007 року і вживати всіх заходів для її впровадження. Конституція, закони та інші законодавчі акти Республіки Косово будуть тлумачитися відповідно до зведеної пропозиції про статус Республіки Косово від 26 березня 2007 року. У разі невідповідності положень Конституції та інших законодавчих актів з положеннями зведеної пропозиції про статус Республіки Косово, домінуючими будуть положення пропозиції [600, с. 192]. Відповідно до ст. 3 Конституції Чеської Республіки складовою частиною конституційної системи Чеської Республіки є Хартія основних прав і свобод [616, с. 102].

Відповідно до ч. ст. 150 Конституція Литовської Республіки складовою частиною Конституції Литовської Республіки є: Конституційний закон «Про Литовську державу» від 11 лютого 1991 р.; Конституційний акт «Про неприєднання Литовської Республіки до пострадянських східних союзів» від 08 червня 1992 р.; Закон «Про порядок набуття чинності Конституцією Литовської Республіки» від 25 жовтня 1992 р.; Конституційний акт «Про членство Литовської Республіки в Європейському Союзі» від 13 липня 2004 р. [597, с. 89].

Відповідно до п. 3 глави 1 «Основи державного ладу» Форми правління Швеції (від 1974 р.) Форма правління, Акт про престолонаслідування, Акт про свободу друки і Основний закон про свободу висловлювань є основними законами держави [595, с. 247].

Що стосується Австрії, то відповідно ч. 1 ст. 44 Федеральної конституції [66] конституційні закони або конституційні положення, що містяться в простих законах (*Verfassungsgesetze oder in einfachen Gesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen*), можуть бути прийняті Національною радою лише за присутності щонайменше половини членів і більшістю у дві третини поданих голосів; вони мають бути чітко визначені як такі («конституційний закон», «конституційне положення»). Це означає, що норми матеріальної конституції можуть міститися крім самої конституції ще й в конституційних законах і простих законах, але вони мають бути позначені відповідно і мають особливу процедуру прийняття (ускладнену шляхом вимоги кваліфікованої більшості).

Досить оригінальною з точки зору юридичної техніки є Конституція Словенії. 25 червня 1991 року була проголошена Основна конституційна хартія самостійності і незалежності Республіки Словенія, в якій вона називається конституційним актом, вона діє з моменту проголошення. В ухваленій 23 грудня 1991 року конституції ця Хартія згадується як акт, на який вона спирається [418; 604]. При публікації конституції Словенії цю Хартію часто розміщують перед преамбулою Конституції [605, с. 21-22].

Унікальним є також приклад конституції Ізраїлю. Базовим документом є Резолюція Харарі, що надала право конгресу ухвалювати основні закони. Сукупність таких основних законів і складає конституцію Ізраїлю. Водночас кейс Ізраїлю до певної міри є унікальним, оскільки формальна вища сила основних законів і перманентна установча влада Кнесету, по великому рахунку, не пов'язана із якимись особливими процедурними механізмами, якими обу-

мовлене здійснення установчої влади парламентами в інших країнах. В Ізраїлі із цього приводу навіть виникла теорія «двох капелюхів», яка стверджує, що Кнесет є законодавчим органом, яким він був завжди, але він також може перетворюватися на установчі збори [179, р. 189-196].

Якщо взяти вітчизняні джерела, то більш розповсюдженим підходом замість оперування поняттям «конституційний блок», є використання термінів «несистематизована» або «некодифікована» конституція [580, с. 77]. В.М. Шаповал оперує терміном «несистематизована конституція» [796, с. 40]. Несистематизований основний закон, на думку В.М. Шаповала, наразі є в Австрії, Канаді і Швеції [614, с. 4; 798, с. 87].

Застереження щодо наведених прикладів ми хочемо зробити щодо Канади. Специфіка конституції цієї країни полягає в тому, що вона має верховенство (за аналогією з США), проте все ж частково продовжує функціонувати в парадигмі загального права. Акт 1982 року не загадує про якісь інші джерела конституції, проте їх ми знаходимо в судовій практиці. Так, у рішенні *New Brunswick Broadcasting Co. v Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, (1991) 1 SCR 319 Верховний суд Канади прямо підтвердив, що Конституція містить різноманітні письмові та неписані джерела, далекі від кінцевих чи фіксованих у визначенні та кількості [163, р. 66].

У рішенні Верховного Суду Канади щодо відокремлення Квебеку (від 20 серпня 1998 року, 2 S.C.R. 217, *Reference re Secession de Quebec*), було визнано конституційним джерелом таке поняття як «conventions of the constitution», «constitutional conventions» (конституційні конвенції, узвичаєння, іноді перекладають також як «конституційні угоди»). Саме тому унікальність некодифікованої конституції Канади полягає в тому, що до формальних актів доєднуються неписані джерела шляхом їх включення до консти-

туції судовою практикою⁷. Пряме включення судовою практикою конституційних конвенцій до самої конституції відбувається не так часто і це якраз характерно саме для Канади (хоч в науці існування конституційних звичаїв визнається в багатьох країнах).

Отже, якоїсь формальної чіткої межі між несистематизованою, некодифікованою конституцією і конституційним блоком не існує. В цілому, всі наведені вище приклади конституційного блоку можуть бути включені до поняття некодифікована/несистематизована конституція і навпаки. Ключову роль у формуванні саме конституційного блоку може мати акт під назвою «конституція», яка перераховує інші елементи конституційного блоку. Проте насправді важливу роль відіграє саме судова практика, що «засновує» з часом конституційний блок, ґрунтуючись на тексті Конституції (саме це зробила Франція і Молдова), а також погляди вчених, які значно впливають на термінологію, що використовується.

Важливим питанням в доктрині конституційного блоку (некодифікованої конституції) є питання про ієрархію між цими актами.

Як ми побачили, шляхом визнання такої ієрархії пішла Молдова. Також ієрархію ми може побачити у Литві. Колишній голова литовського КС суду, проф. Д.Жалімас за ієрархією виокремлює такі надконституційні акти (acts of supra-constitutional nature) як декларації незалежності [442, р. 12].

Дискусія щодо коректності віднесення актів проголошення незалежності до конституції потребує окремого аналізу, проте факт залишається фактом – дуже велика кількість країн прямо в тексті документа під назвою «конституція» або в практиці вищих судів визнають такі акти частиною консти-

⁷ Г. Франкенберг наводить приклад Канади як однієї з країн, яка відхиляється від стандартного набору та визначеного письмовими конституціями і вважає доцільніше охарактеризувати її конституційний режим як напівкодифікований (Див.: [178, р. 64]).

туції/конституційного блоку (і навіть ієрархічно вищими щодо самого акта під назвою «конституція»).

Ідея багатотекстовості, несистематизованості, доктрина конституційного блоку для конституцій у формальному значенні, що мають найвищу юридичну силу, є важливою з огляду на те, що деякі її елементи не класичними актами установчої влади (ті ж декларації про незалежність), і самі вже накладають на класичну установчу владу ряд обмежень, які ми будемо додатково розглядати у третьому розділі. Багатотекстовість обов'язково варто враховувати при концептуалізації доктрини установчої влади.

Треба розуміти, що, враховуючи дуалізм матеріального і формального, формальна конституція не охоплює всі матеріальні конституційні норми, навпаки, може включати положення які за своєю природою встановлюють норми, що мали би міститися в поточному законодавстві. Крім того, в конституційному праві кожної країни є ряд джерел, які доповнюють писані нормативні акти (передусім, йдеться про конституційні звичаї, які є як в англосаксонському праві, так і в романо-германському). Цю специфіку варто завжди враховувати. При цьому на практиці ми маємо справу все ж таки саме з відповідною даністю – існування формальної конституції як одного або декількох актів, що мають вищу юридичну силу.

Поте все ж формальна конституція, що є писаною, в цьому відношенні має суттєве значення – вона має найвищу юридичну силу і, як правило, конституційність інших актів може перевірятися шляхом конституційного контролю. Тобто ми маємо чітку ієрархію, якої немає у матеріальній конституції (тієї її частини, що не охоплюється писаним актом/сукупністю актів із найвищою юридичною силою). Наявність декількох актів (і навіть механізм ухвалення основних законів, який аналогічний звичайним законам), в Ізраїлі не завадив ВС визнати за собою право конституційного контролю поточного законодавства. Тобто в Ізраїлі є формальна писана конституція, хоч і неко-

дифікована. Натомість Конституція Великої Британії є матеріальною з огляду на відсутність вищої юридичної сили у її писаних елементів, і, отже, відсутність конституційного контролю (та ще і з урахуванням панування ідеї «парламентського суверенітету»).

1.4. Нормативність конституції і її реальність (онтологічна класифікація конституцій)

В попередніх підрозділах ми приділили суттєву увагу розгляду формального і матеріального аспекту конституції, зупинилися як на специфіці матеріального значення, так і особливостей реалізації формального аспекту. Водночас ми не мали можливості детально розглянути важливий підхід, за яким писані конституції аналізуються з позицій їх змістовного наповнення, а також їх реального втілення в життя. Фундаторами цього підходу є два представники юридичної науки, які зробили суттєвий внесок: американсько-німецький вчений К. Льовенштайн і американець італійського походження Дж. Сарторі.

Як зазначає із цього приводу Д. Валадес, досліджуючи онтологічну класифікацію конституцій К. Льовенштайна, якщо майже вся конституційна доктрина XIX ст. була спрямована на те, щоб знайти адекватну модель конституції, тоді як у доктрині XX ст. в центрі уваги були умови, що зміцнюють норму або послаблюють її ефективність [419].

К. Льовенштайн, що відомий переважно завдяки своїй ідеї «войовничої демократії», є також батьком «онтологічної» класифікації конституцій. Вона була викладена в роботі «Political Power and the Governmental Process» [286], що вийшла в США у 1957 році, а також перевидана у 1959 році німецькою мовою під назвою «Verfassungslehre» [288], тобто «Вчення про конституцію» (вар.: «Теорія конституції»).

Почавши із поділу конституцій на ідеологічно-програмні і утилітарні, Льовенштайн не задовольняється відповідною класифікацією і говорить про спотворення конституціями сучасними автократіями [288, s. 145-148]. Льовенштайн виокремлює три різновиди: нормативні, номінальні і семантичні конституції. Нормативні конституції передбачають відповідність конституційних норм реальності процесу здійснення влади Конституція повинна неухильно дотримуватися всіма зацікавленими сторонами. Номінальна конституція означає те, що наявні соціальні і економічні умови, такі як відсутність політичної освіти і навчання, відсутність незалежного середнього класу і інші фактори на певний момент часу навряд чи гарантують повну відповідність конституційним нормам. Фактичне становище не дозволяє або ще не дозволяє повністю інтегрувати конституційні норми в динаміку політичного життя. Семантична конституція означає, що вона застосовується, проте її онтологічна реальність є не що інше, як формалізація існуючої в поточній владній ситуації виключно в інтересах де-факто тих, хто має владу і має в своєму розпорядженні апарат примусу [288, s. 152-153]. На його думку, для того, щоб бути живою конституцією їй потрібен національний клімат, сприятливий для її здійснення. Щоб бути реальною і дійсною, вона повинна неухильно дотримуватися всіма зацікавленими сторонами, вона повинна вирости в державне суспільство, а державне суспільство в неї. Конституція і суспільство повинні увійти у симбіоз [288, s. 152].

Становить інтерес географічний аспект класифікації Льовенштайна. Він вказує, що у західних країнах, де демократичні інститути ґрунтуються на давній народній традиції, конституції є строго нормативними. Їхні правила сумлінно дотримуються і владними, і владними адресатами. Випадкові відхилення виправдовуються посиланням на конституційне тлумачення чи інші неформульовані способи використання політичного процесу [285, p. 243]. А от на Сході, на думку Льовенштайна, панують семантичні конституції (на час

написання ним робіт, – комуністичні і соціалістичні, але не лише). Отже, ми тут бачимо важливу ідею про те, що конституції, що не обмежують владу, не можуть бути нормативними апріорі і виконувати свою регулятивну роль. Це дуже важлива ідея, щоб показати всю абсурдність претензій змістовно тоталітарних конституцій на номінацію власне як конституцій.

Продовжувачем ідей Льовештайна (хоч і у переробленому вигляді) був Дж. Сарторі. Погоджуючись (по суті, хоч і не в термінології) з потрійною класифікацією, запропонованою Льовенштайном, він називає такі різновиди: (1) конституція як гарантія (власне конституція); (2) номінальна конституція; (3) фасадна конституція (або фальшива конституція). Сарторі називає "номінальними" конституції, які Льовенштайн позначає "семантичними" (через складне, і, можливо, не зовсім відповідне позначення) [372, р. 861]. Причому Дж. Сарторі визнає можливе нашарування декількох видів конституцій [372, р. 8612].

Важко сказати, чий підхід (Сарторі чи Льовенштайна) є більш поширеним. Особисте враження автора цього дослідження дає можливість зробити висновок, що в наукових дослідженнях в пріоритеті саме використання підходу Льовенштайна. Це й не дивно, адже він був дійсно перший і Сарторі, переважно критикує Льовенштайна просто за невдалу (на його погляд) термінологію. Більш чи менш вдалою є термінологія, якою оперував Льовенштайн, це, мабуть, скоріше справа смаку.

Підхід Льовенштайна прийшовся до самку Д.Валадесу. На думку Д.Валадеса, одна й та сама конституція в період своєї дії може характеризуватись на різних етапах як нормативна, номінальна чи семантична. Він стверджує, що та сама конституція може мати різні сенси (significados) [419]. Поняттями семантичного і номінального типу конституції оперує В. Речицький [688, с. 53], характеризуючи радянські конституції, а також С. Шевчук [803, с. 128]. А от ряду вчених більше до вподоби підхід Сарторі. М.В. Савчин ви-

користовує класифікацію Сарторі [720, с. 96-98]. Цю ж класифікацію описує і М.І. Козюбра [580, с. 76], із використанням оригінальної термінології і формулювань авторитетного вченого. Ряд дослідників використовують свої власні підходи і метафори, складно сказати в чийй конкретно парадигмі (Льовенштайна або Сарторі) вони перебувають. Важливо, що вони демонструють схожі ідеї, що й обидва названі вище вчених. Так, І.Д. Сліденко оперує поняттями юридичної і фактичної конституції, поняттям фіктивності тощо [732, с. 12; 733, с. 301].

М. Розенфельд розглядає конфлікт між актуальними конституціями та конституціоналізмом як втіленням певних нормативних приписів є в певному сенсі зіткненням між фактом конкретної конституції та нормами, які визначають, якою має бути конституційна демократія [351, р. 42]. На думку А.Шайо, існують держави, що хоча і мають конституцію, але таку, ціна якої може бути прирівняна до парасольки, що була забута в день, коли дощить. Конституції також пишуться і виключно з метою містифікації публіки: «велика» сталінська Конституція 1936 р., вочевидь, слугувала тому, щоб ввести в оману весь світ [366].

Д. Грімм зазначає, що якщо метою є порівняння конституцій, щоб виявити відмінності та сформулювати класифікації, або вивчити конституційну історію, національну чи порівняльну, не корисно передчасно звужувати об'єкт вивчення [205, р. 21]. При цьому вчений наголошує все ж, що для перспективи успіху конституціоналізму конституція повинна претендувати на нормативну дію (загалом, виокремлюючи 7 критеріїв) [205, р. 22].

З цих позицій не є дивним, що окрему гілку становить дослідження авторитарних конституцій і авторитарного конституціоналізму. Таких досліджень доволі багато. Так, Т. Гінсбург вживає поняття «авторитарні конституції» («authoritarian constitutions») [188]. М. Ташнет виокремлює три варіан-

ти: авторитарний конституціоналізм, (просто) авторитаризм та конституціоналізм верховенства права [412, р. 448].

Отже, виникає важливе дослідницьке питання: який сенс виокремлювати номінальні і семантичні конституції (К.Льовенштайн), фасадні і номінальні (Дж. Сарторі), авторитарні конституції (Т. Гінсбург) тощо? По великому рахунку всі вони не є «нормальними» конституціями. То яка мета такого виокремлення і вивчення цих явищ? В літературі ставиться логічне питання: навіщо авторитарним правителям писати конституції? Звичайна відповідь полягає в тому, що авторитарні конституції просто створені для того, щоб служити своєрідною вітриною, щоб приховати реальне функціонування політичної системи [305, р. 303-304].

Це дійсно так. Водночас, як демонструють підходи Т. Гінсбурга і інших вчених, конструкції семантичної, номінальної, фасадної конституції можуть нам допомогти в аналізі нормативних (гарантуючих) конституцій з позиції їх слабких місць, а також можливих ризиків ефективності їх дії, демократичності і відповідності ідеалам конституціоналізму.

Цілком справедливою є ідея Д.Грімма, яка полягає в тому, щоб чітко сформулювати перевагу ідеї нормативності конституції, проте заради наукових цілей вивчати всю палітру явищ, які існують в сучасному світі. Крім того, не варто забувати і про думку Дж.Сарторі про можливість певного нашарування, тобто коли класифікація на прикладі реальної конституції може мати одночасно точки перетину. Часто неможливо уникнути наявності програмних положень у нормативних конституціях, що створює певний відсоток нереалістичності її норм. Важливо також те, що все ж певний обмежувальний потенціал конституцій може мати якийсь відсоток їх положень (номінальних за Льовенштайном, фасадних за Сарторі), які можуть цілком неочікувано згодом запрацювати у випадку демократичної трансформації і зіграти важли-

ву роль в транзиті. Більше того, як вказував Д.Валадес, одна й та ж конституція в різні часи може проявляти себе по-різному.

Отже, факт виокремлення різних дефектних конституцій може бути цінним сам по собі. Простіше було би відкинути їх вивчення через відомі вади. Проте процес відкидання міг би бути ускладненим. Як Льовенштайн, так і Сарторі вбачали можливість поєднання в одній писаній конституції декількох рис з відповідних класифікацій⁸. Отже, конституції можуть містити ознаки одночасно декількох конституцій (частина з яких – це ознаки «нормативних/гарантуючих» конституцій). Тоді конституцію вважатимемо лише частково дефектною. Можливість для виправлення такої дефектності завжди має існувати.

Крім того, конституції, що не належать до не гарантуючих/нормативних, можуть зіграти роль при транзиті – за допомогою вже існуючих в них або нових, спеціально внесених із відповідною метою положень дефектні конституції зможуть забезпечити перехід до демократії. Як пише Е.Арато, при збереженні правової наступності так чи інакше існує опора на правило про поправки старого режиму, щоб здійснити революційні зміни юридичними засобами [24, р. 81]. Номінальні (у Льовенштайна) і фасадні (у Сарторі) конституції можуть мати потенціал для подальшого застосування при зміні політичного режиму (в частині прав людини тощо) і перетворення на нормативні/гарантуючі. Але в даному випадку всі інші положення потребують оновлення.

Крім того, вкрай важливим є вчасна реакція на номіналізацію / фасадизацію конституції. Адже одна справа, коли вона такою є із самого початку, інша – коли перетворення конституції відбувається в процесі її функціонування. Наскільки непомітним і повзучим може бути цей процес яскраво про-

⁸ Про таке переkritтя у Сарторі – див. [372, р. 861].

демонстрували С. Левіцкі Д. Зіблатт у своїй роботі «Як помирають демократії». Вчені стверджують, що частіше демократії розвиваються повільно, ледь помітними кроками [275, р. 3].

Виникає закономірне питання про реальність конституції. Як встановити, чи є конституція нормативною (за Льовенштайном) або гарантуючою (за Сарторі) і як впливає те, якщо вона не виконується або свідомо порушується?

Ми говоримо зараз про справді нормативні конституції, які містять юридично бездоганні (чи майже бездоганні) приписи, щодо текстуальної нормативності (тобто відповідності критеріям конституціоналізму), до яких у юристів немає претензій. До якої міри порушення допустимі і не спричиняють її переведення із статусу нормативної до статусу номінальної?

Дихотомія «норма-факт» буде завжди існувати і породжувати спори щодо її оптимального співвідношення. Проблематика співвідношення норм і факту – одна з ключових у праві. Як стверджує Ю.Габермас, політична теорія та правова теорія сьогодні розпадаються на табори, які навряд чи мають більше що сказати одне одному. Напруга між нормативними підходами, які постійно перебувають під загрозою втрати зв'язку із соціальною реальністю, і об'єктивними підходами, які відсіюють усі нормативні аспекти, можна сприймати як застереження проти фіксації на одній дисциплінарній точці зору [215, р. 6-7].

Існує досить оригінальна точка зору М.Тропера, відповідно до якої конституція належить не до області *sollen*, а до області *sein* (з нім.: *sollen* – має бути, *sein* – бути). Із цього слідує, до досліджень конституції застосовні звичайні методи наук, що вивчаються явище *sein*, зокрема, ніщо не перешкоджає більш глибокому з'ясуванню причинно-наслідкових зв'язків між конституцією і ефективною діяльністю державних органів [411]. Як бачимо, ідея М.Тропера не вписується у традиційні погляди, проте не згадати про неї ми не могли.

Все ж вважається, що конституція є обов'язковою і має закладати ідею нормативності. За А. Шайо, конституція ефективна передусім тоді і тому що вона обов'язкова до виконання. Прості заяви, особливо якщо вони не пов'язані із якимись релігійними віруваннями, навряд чи можуть вплинути на вчинки людей [366].

За Ф. Мюллером конституціювання (Verfassen) не здійснюється шляхом написання та підписання паперу, який називається «конституцією»; конституціонування формується практикою, а не встановленням; не вступаючи в силу, а діючи: щоденно, в історичній тривалості [310, s. 16]. Тому важливими є умови реалізації і втілення конституції в життя.

Вже у Ваттеля знаходимо думку, що конституція є пустою химерою, і найкращі закони є марними, якщо їх не дотримуються як священні [421]. Т.Пейн писав: «Конституція це не лише одна назва, а реальна річ. Вона існує не тільки в уяві, а й у дійсності, і там, де її неможливо показати наочно, її немає» [659, с. 51]. Ці думки непогано корелюються із вже згаданими позиціями К.Льовенштайна про суспільну обумовленість і підтримку конституції. Як вказує І. Сліденко, «для режиму конституціоналізму не менше значення має реалізація конституційних норм» [733, с. 39].

Отже, як встановити, що конституція нормативна, незважаючи на її порушення? Адже, як стверджує С.Шапіро, норми є «нормативними», а не дескриптивними (описовими), тому можна порушити норму, не скасовуючи її чинності [385].

Маємо погодитися із Дж. Сарторі в тому, що чітке розмежування між реальними конституціями та фасадними конституціями навряд чи є реалістичним, оскільки на практиці вони відрізняються від своєї початкової формалізації або можуть бути не повністю активованими (перші – це, як правило, старі конституції, а другі – нові) [372, р. 862].

З. Елкінз, Т. Гінсбург і Дж. Мелтон вважають, що те, чи «працює» конституція чи ні, насправді є свідченням середньої ефективності всіх її положень. Вплив часу (і конституційних положень у більш загальному вигляді) найкраще зрозуміти на рівні окремого положення, хоча ми визнаємо, що діють також ефекти взаємодії, так що деякі положення залежать від інших, щоб бути ефективним [162, р. 235-236]. Вчені замість того, щоб розглядати ефективність як чорне та біле, пропонують зосередитися на умовах, за яких конституційні обіцянки перетворюються на політичну реальність. Оцінюючи вплив часу на ефективність конституційних прав визначають три можливі теоретичні ефекти часу – дозрівання, розпад і застій [162, р. 264-265].

Отже, як бачимо, питання реальності як критерію віднесення конституції до нормативної може бути більш орієнтовано на реалізацію цінностей конституціоналізму, а в решті – бути відносно індиферентним (підхід Д.Сарторі), виходити на проблематику принципової можливості такої реалізації у випадку соціальних цілей (Д.Валадес). Ще один варіант, який частково знаходимо у того ж Дж. Сарторі, а також у З. Елкінз, Т. Гінсбург і Дж. Мелтон, – складний пошук відтінків, через з'ясування реальної дії в своїй сукупності кожного окремого положення.

Більш формальний підхід бачимо у Г.Кельзена. Г. Кельзен вважає, що принцип легітимності обмежується принципом ефективності [559, с. 301]. Близькі до Кельзена думки знаходимо у Р.Алексі. На його думку, «якщо окремі норми, юридично дійсні згідно з конституційними критеріями, втрачають їхню соціальну дійсність, це ще не означає, що конституція, а тим самим і заснована на ній система норм як ціле позбавляється правової дійсності. Це відбувається лише тоді, коли норми, що належать до системи норм, загалом і загалом соціально дієвими більше не є, інакше кажучи, вони або не дотримуються загалом і загалом, або їх порушення не тягне за собою санкції». Водночас у Алексі є істотний моральний обмежувач, на відміну від Кельзена –

окремі норми втрачають свій правовий характер, а разом із ним і правову дійсність, якщо вони вкрай несправедливі [18]. В цьому його позиція є наслідуванням формули Радбруха. Стосовно нашої проблематики крайні порушення справедливості виводять відповідні положення із концепту нормативної конституції. Спільне ж у Кельзена і Алексі – посилення на дерогативний ефект *desuetudo*.

Таким чином, тут можемо зафіксувати такі позиції. Нормативність конституції можна з'ясувати з точки зору дотримання і реалізації кожної конкретної норми, проте такий підхід є занадто складним (хоч і найбільш повним). Явище *desuetudo* (фактичне скасування шляхом звичаю) не можна недооцінювати, проте виникає питання: як встановити час, необхідний для того, щоб вважати цей звичай наявним. Крім того, складно з'ясувати долю норм, які ніколи не реалізовувалися. Якщо ж норма «працювала» і потім стала порушуватися – в який момент ми констатуємо, що вона більше перестала дотримуватися? Таким чином, стан нормативності, якщо він первісно був закладений, може поступово переходити шляхом напівтонів в інший. При цьому ключовим залишатиметься (за Дж. Сарторі) реалізація принципів речей, які є важливими для конституціоналізму. Саме за їх дотриманням ми і можемо зробити висновок і оприлюднити свій діагноз щодо стану нормативності конкретної конституції.

1.5. Способи легітимації конституції

Розглянувши у попередніх підрозділах питання про історичну еволюцію, різноманітність концепцій конституції, її форму і зміст, ми маємо звернути увагу на важливий аспект – проблему легітимності взагалі і легітимності конституції, зокрема. Справа в тому, що обрана нами тематика установчої влади безпосередньо пов'язана із найбільш поширеним на сьогодні способом

легітимації конституції. Легітимація конституції здійснюється саме через ідею установчої влади. Але як це відбувається? Чи існують інші форми (способи) легітимації конституції і якщо так, то які саме? Це і буде предметом нашої уваги.

До того ж питання підстави чинності права в цілому і конституції зокрема – центральне, відповідь на нього дозволяє відрізнити різні юридичні школи праворозуміння. Саме тому це вкрай складна, але дуже важлива для з'ясування природи конституції проблематика.

Д.Грімм справедливо зазначає, що легітимація правління завжди була основною проблемою соціальної філософії [205, р. 42]. За Габермасом соціальні порядки, в яких влада організована через державно організовані порядки, які, наприклад, можна відрізнити від племінних суспільств, - відчують потребу в легітимації, яка вже прихована в концепції політичної влади [219, р. 115]. Проблема легітимності соціальних інститутів і механізмів їх легітимації завжди посідала чільне місце поміж суспільно-політичних проблем [774, с. 6].

При цьому створення конституції, незалежно від того, чи здійснюється воно в періоди зміни режиму чи в рамках демократичного режиму, часто пов'язане з глибокими кризами, які роблять існуючі інституції слабкими, нелегітимними або і тими, і іншими [120, р. 236].

Теорія легітимності правління через конституцію є життєво важливою, при цьому сама конституція має бути легітимною. Поява конституції в сучасному розмінні (ми маємо на увазі XVII-XVIII ст.) співпала із трансформацією способів легітимації умовно із ірраціональних на раціональні (хоч ми свідомі того, що суспільство використовує всі способи, просто в різному співвідношенні між собою на певних історичних етапах).

До речі, тут можна частково також звернутися до «конфлікту», який розглядався у попередніх підрозділах. Якщо ми визнаємо (допускаємо) реляти-

вістське матеріальне розуміння конституції як будь-якого регулювання устрою, то ми допускаємо ірраціональну легітимацію, оскільки вона якраз означає можливість виправдання існуючого становища. Якщо ж ми визнаємо конституцію як набір певних матеріальних принципів, то це є продуктом раціональної легітимації.

Найбільш відомими дослідженнями в сфері легітимності вважаються праці М.Вебера. За Вебером існує три типи легітимного панування. Їхня чинність може, власне, первинно бути раціонального характеру, традиційного характеру і харизматичного характеру. Водночас за Вебером жоден із трьох ідеальних типів історично у справді «чистому варіанті» зазвичай не зустрічається [492, с. 187]. Також, як на нас, різновиди і джерела легітимності досить непогано описав соціолог Ф. Фукуяма [783, с. 155-157].

Тому цілком правомірно стверджувати, що норми створюються і шляхом гаєківського «всезагального порядку людської взаємодії», так і за допомогою ієрархічної влади. Який з цих шляхів кращий - не зовсім коректне питання, оскільки суспільство живе в певному балансі. Формальні норми доповнюють неформальні. Правила створюються спонтанно, а потім формально закріплюються і навпаки.

Що стосується ідеї установчої влади в цьому ключі, то вочевидь, вона є раціональним і ієрархічним джерелом порядку і соціальних норм, створюючи формальну конституцію. Проте це джерело порядку закладено в людській природі – необхідності в раціональних правилах і тяжінні до ієрархії. Щоб підкорятися цим нормам на допомогу приходять інші джерела: ірраціональна віра в цей порядок (не випадково часто йдеться про громадянську релігію, конституційний патріотизм тощо); спонтанно створені норми моралі (якщо конституція їх визнає і сама створена з їх використанням, передусім, йдеться про справедливість). Самоорганізація, зокрема, стосується конституційних конвенцій, звичаїв, які існують поряд з формальною конституцією. Ці норми

коригують формальну конституцію. Невипадково ми попередньо говорили про дуалізм формальної і матеріальної конституції. Саме в такому вигляді утворюється повноцінний континуум конституційних норм.

Вебер правильно вловив тренд: історична зміна пануючих типів легітимації. Проте це не означає, що інші типи повністю зникають і перестають існувати і відігравати певну роль. Тут варто підтримати Вебера в тому, що часто ті чи інші типи не існують в чистому вигляді.

Так, важливе значення в легітимації зберігає віра. Визнання в реальному світі часто пов'язане з вірою, що забезпечує суспільне визнання. Віра може стосуватися ірраціонального явища (релігійна віра) або світського, побудованого на законах і процедурах. Тобто віра однаково важлива для раціональної і ірраціональної легітимації. Значення віри не можна недооцінювати.

Із самого початку віра була ключовою для легітимації. Як вказує Р.Циппеліус, будь-яка влада над людиною є лише іншим боком її слухняності. *Oboedientia facit imperatum* (з лат. – слухняність породжує наказ (повелителя)) [791, с. 218]. Ж. Башлер добре пояснює священний характер влади в імперії [461, с. 129]. Згодом відбувається зміна, перехід від санкціонованого релігією «природного права» до правового позитивізму, що загалом завершилися у межах ХІХ ст. [791, с. 80-81].

Та все ж повного відходу від попередніх уявлень і зникнення необхідності у вірі не відбулося. Перехід до раціоналізму, хоч і існував, все ж, мабуть, є трохи перебільшений в плані своїх можливостей, впливу, а також повної заміни віри на раціональне сприйняття.

Якщо ж відійти від суто соціологічних інтерпретацій легітимації, і звернутися до того, як цей процес описується в суто юридичних поняттях легітимності конституції, то побачимо, що в правовій науці є різні підходи. В чому полягає легітимність конституції і чи існують легітимаційні вимоги до про-

цесу створення певного формального документа під назвою «конституція», щоб вона була легітимною?

Відповіді на це питання може бути дві. Перша: легітимність як така ґрунтується на принципі ефективності. Конституцією є діючий акт, а підстави і обставини, які сприяли появі конституції, знаходяться поза правом і питаннями нормативності. Жодна позаправова соціальна чи етична обставина жодного зв'язку із правом немає. Отже, головне для нас соціальний факт. До цього факту особливих вимог щодо його змісту не існує. На цій тезі переважно ґрунтується позитивізм із ідеєю основоположної норми і історично першої конституції Г.Кельзена або ідеєю вторинних правил Гарта. Акцент робиться на чинності. Як ми розуміємо, релятивіський підхід до розуміння конституції, по великому рахунку, – заслуга саме позитивістського підходу.

Друга відповідь стосується різних варіацій неадекватної легітимації. Одна із них пов'язана із доктриною установчої влади: процес появи конституції важливий, він забезпечує її сприйняття як обов'язкової в соціологічному розумінні, але він також важливий для права: виникнення конституції із порушенням певних засад означає її юридичну нелегітимність і нечинність. Тобто ми не спираємося виключно на соціальний факт у випадку «першої конституції» в розумінні позитивістів, а ставимо й до цієї «першої конституції» певні вимоги щодо юридичної легітимності. Легітимність становить моральну вимогу, що набуває юридичного значення. Висуваються також вимоги щодо змісту конституції. Така юридично значуща легітимність може мати квазірелігійні корені або бути суто раціоналізованим і секуляризованим вченням. В обох випадках ми (умовно) апелюємо до природного права в широкому сенсі, а не права позитивного. Принцип ефективності не визначає реальність, навпаки реальність може бути оцінена як нелегітимна і як неправова.

Можливий також компромісний підхід між принципом ефективності і природно-правовим підходом до легітимації, що намагається їх в тій чи іншій формі поєднати між собою.

Дихотомія підходів: фактичної позитивістської легітимності і природно-правової (процедурної і змістовної) легітимності можна пов'язати також із типом політичного режиму. Так, С.Гантінгтон стверджує, що легітимність авторитарних режимів (включаючи комуністичні) рано чи пізно починала ґрунтуватися майже виключно на їх функціональності. Легітимність демократичних – звичайно, частково також спирається на функціональність, але окрім того – ще й на процеси і процедури [236].

Наша мета – розглянути три можливі варіанти обґрунтування легітимності конституції: соціальний факт (принцип ефективності), природно-правове (раціональне) обґрунтування (із наголосом на доктрину установчої влади) і інтегративний підхід, що дозволяє поєднати попередні два підходи. Спочатку звернемося до ідеї фактичної ефективності і соціального факту, якою оперують позитивісти.

Позитивістську школу, як правило, пов'язують із прізвищами Кельзена, Гарта. Найвидатнішим позитивістом, який водночас зробив значний внесок в теорію конституції є Г. Кельзен. Г. Кельзен доводить, що основою чинності однієї норми може бути лише чинність котроїсь іншої норми. Така норма, яка являє собою основу чинності для іншої норми, образно означається як вища щодо іншої, нижчої норми [559, с. 215]. Кельзен прямо пов'язує засадничу норму з основним законом і конституційним актом [559, с. 19, 222, 223]. Кельзен як справжній позитивіст «звільняє» конституцію як засадничу норму від якоїсь наперед заданої моральної цінності [559, с. 224]. Причому важливий у Кельзена саме дезиціонізм, тобто воля передує явищу. Конституція – це лише втілення якоїсь волі.

Кельзеніська позитивістська догматична ідея піддавалася критиці В.Старосольським [742, с. 62]. За О.Ю. Водяніковим, теорія Кельзена витісняє питання установчої влади поза предмет юридичного дослідження [503, с. 31-32]. І ця думка є цілком коректною.

На відміну від Кельзена, Гарт не вбачає за необхідне давати однозначну відповідь на питання: чи знаходиться підстава чинності конституції в середині права або є лише позаправовим фактом («доправовим», «метаправовим», «політичним фактом»). Абсолютне правило визнання він розглядає з двох точок зору: одну з них відображено в зовнішній констатації факту існування цього правила в реальній практиці системи, іншу – у внутрішніх констатації юридичної чинності тими, хто застосовує це правило для ідентифікації законів [789, с. 113].

Д.Диженгауз ставить ряд питань власне і до Гарта, і до Кельзена: незрозуміло, чи є правилом визнання конституція, чи, скоріше, базова норма, правило, яке засвідчує дійсність конституції. Більше того, незрозуміло, чи є правило визнання юридичною нормою, чи правилом, що виходить за межі правового порядку [331, р. 9-10].

Минаючи критику підходів видатних позитивістів, зазначимо, що їх підходи (принцип ефективності, основоположна норма, правило визнання, історична перша конституція) залишаються досить серйозними і авторитетними концепціями. Наведемо лише декілька прикладів не менш авторитетних вчених, які висловлюються в цьому ж руслі.

М.Ташнет припускає, що в певний момент конституційного теоретизування наша опора на право вичерпується і ми повинні звертатися до здійснення влади. По суті йдеться про принцип ефективності, застосовуючи критерій успіху [414].

Ф. Мюллер, описуючи погляди німецької конституційної школи Р. Сменда, робить висновок, що конституція дійсна, коли діє, процедури не мають

вирішального значення для її легітимності [310, s. 30]. Тобто ключовою є саме чинність конституції, яка розуміється як здатність конституції виконувати регулюючу функцію [310, s. 41].

Якщо узагальнити, прихильники позитивізму обирають легітимацію у вигляді соціального факту. Натомість прихильники природно-правового підходу – у вигляді моральної норми. Дійсно, годі шукати підставу легітимності в правовому позитивізмі. Це просто неможливо. Точніше підстава в ньому існує, проте вона сприймається детерміновано – як факт соціального життя. По великому рахунку, якоїсь детальної розробки теорії соціального факту позитивісти не здійснюють – це суперечить їх ідеї відмежування права від моралі, а також чистоти права.

Недостатність правового позитивізму для глибокого дослідження легітимності є очевидним. І йдеться тут не про соціологію, а саме про право. Інше питання, що в цьому випадку потрібно визнати правом щось непозитивне. Та це не так просто і наука в цьому плані є досить консервативною.

Як стверджує Й. Ізензее, питання про підставу конституції (*Grund der Verfassung*) виходить за межі горизонту правової системи держави. Воно виходить за межі горизонту права взагалі. Проте якщо цього немає в державній правовій системі, це не означає, що його немає. Оскільки юридичний позитивізм тут знаходиться на кінці своєї мотузки, відповідь потрібно шукати в іншому місці. Справжнім джерелом легітимності він вважає волю народу [226, s. 4-5]. В схожому ключі висловлюються Р. Альберт і Я.Рознаї, які зазначають, що створення конституції – це не юридичний акт. З юридичної точки зору, це не протиправний акт у буквальному значенні терміну, а позаправовий акт. Демос виступає як установча влада, яка є засновником, він не прив'язаний до існуючих правових норм. Це позаюридична дія. Конституція представляє собою вираження політичної волі народу [118, p. 326].

Як стверджує Е.-В. Бокенфьорде, жодна діюча правова система не звільняється від необхідності обґрунтовувати та легітимізувати себе на підставі передправових обставин; інакше вона втрачає силу своєї чинності (Geltungskraft) і претензію на дійсність (Geltungsanspruch). Тому в конституції на перший план неминуче виступає зв'язок права з доправовими обставинами, проблема відсутньої ланки нормативності та фактичності. При цьому, на його думку, хоч питання про установчу владу виходить за межі області чинного позитивного права (у даному випадку існуючої юридичної конституції), з якої така установча влада виходить, проте воно зберігає своє конституційне значення [58, s. 8].

Позитивістські аргументи, і принцип ефективності не можна повністю ігнорувати, адже можна знайти приклади з практики, зокрема, при судовому розгляді законів про внесення змін до конституції; коли суди відмовляють в такому розгляді на підставі того, що зміни вже стали частиною конституції (такі приклади детальніше будуть розглянуті у третьому розділі).

Розглянемо умовно названу неопозитивну легітимацію конституції, тобто ті випадки, коли процес появи правління і формальної конституції спирається на певні моральні норми, на певне уявлення про належне з точки зору прав людини, процедури, віри або інших критеріїв. Проте одразу зазначимо, що якщо теорії ефективності і соціального факту є більш-менш однорідними, то неопозитивна легітимація має широку палітру поглядів, тому це умовна і збір-на назва. Вона охоплює як підстави, що своїми коріннями мають релігію або природно-правові концепції (монархічна легітимність), так і процедурну раціональну демократичну легітимність (принаймні її такою вважають її прихильники, хоч такі концепції часто схожі також на секуляризовану релігію – сучасні договірні теорії і доктрина установчої влади), що буде детально показано далі.

Непозитивна легітимація, на перший погляд, пов'язана із природним правом. Водночас довгий час також існувало божественне право королів. Саме на ньому і будувалася непозитивна легітимація монархічної влади (якщо під позитивізмом розуміти уникнення питання про правову природу правління). В сучасному ж світі природне право залишило собі місце надпозитивного джерела, яке застосовують і на яке орієнтуються, але яке втратило прямий прикладний зв'язок із легітимацією писаної конституції, по суті майже повністю поступившись установчій владі. Так само установчій владі поступилися договірні теорії, які теж можна віднести до непозитивних пояснень підстав легітимності конституції.

Порівняно із установчою владою, більш давньою непозитивною легітимацією є монархічна. У зв'язку з цим варто згадати К.Шмітта, який виокремлював династичну і демократичну легітимність (причому Шмітт називає це установчою владою «двох історично релевантних суб'єктів установчої влади, князя і народу») [377, s. 88]. Водночас у Шмітта бачимо певне протиріччя, оскільки він також прямо писав, що не визнає монархічну легітимність пов'язаною із установчою владою. Так, на його думку, самообмеження монархом себе конституцією установчою владою не є [377, s. 81], відповідно до нової доктрини установчої влади нація є суб'єктом установчої влади [377, s. 79], у демократії суб'єктом установчої влади є народ [377, s. 238]. Ця думка є більш логічною, враховуючи що ця нова доктрина пов'язана із народом. Хоча в тексті праці Шмітта ця ідея не завжди термінологічно проводиться послідовно, оскільки, як ми вже могли вище побачити, Шмітт також пише у про монарха як суб'єкта установчої влади. Тому Шмітта часто записують у прихильники реалізації установчої влади будь-яким суб'єктом. Це, зокрема, робить О.Дойл [150, p. 166]. Сьогодні така інтерпретація поглядів Шмітта на установчу владу як на формальну здатність ухвалювати конституцію (незалежно від суб'єкта або здійснюваних процедур) часто підтримуються вченими. Ми

ж більше згодні із М.В. Савчиним, який на базі поглядів Шмітта вбачає саме те, що «доктрина установчої влади виражає розрив із монархічною і колоніальною владою» [719, с. 86].

Таким чином, головним нашим предметом дослідження є саме установча влада як форма непозитивної легітимності. Ми розуміємо її як сукупність вимог такої демократичної непозитивної легітимності, заснованих на процедурах прийняття і внесення змін до конституції народом. Ця сукупність вимог, як на нас, є достатньо усталеною, щоб визнати її нормативною вимогою (якщо право не зводити до позитивізму і писаної форми). Вона має свої власні процедури, механізми здійснення і обмеження. Водночас установча влада все ж не стала повністю панівною вимогою легітимності, та і саме її розуміння еволюціонує (особливу увагу привертає постсуверенна теорія установчої влади, яку ми ще будемо розглядати).

Тут виникає певна сутнісна проблема, яку ми не можемо проігнорувати, оскільки, як з'ясовується в результаті аналізу різних джерел, установчу владу часто пов'язують не з народною, а монархічною легітимністю (хоча, як раніше ми стверджували, установча влада як доктрина якраз і прийшла на зміну монархічній становій договірній непозитивній легітимності конституції). Поглянемо які думки звучать в науці.

Так, на думку М.Лафліна, оскільки установча влада є сучасною концепцією, що виникла в процесі формування сучасного політичного існування, загалом вважається, що вона наділена «народом», єдністю, доведеною до політичної свідомості та забезпеченою владою діяти, уповноважуючи конституційний договір. Водночас, на його думку, це поняття може існувати в рамках суто монархічної теорії правління [292, р. 221-222]. О. Дойл так само вважає, що немає установчої влади з фіксованою діахронічною ідентичністю, яка є постійним джерелом установчої влади. Установча влада - це не суб'єкт, а здатність: здатність протиправно замінити одну конституційну систему ін-

шою [150, р. 180]. Так само у Г. Франкенберга зустрічаємо згадку про установчу владу, яку історично представляли стани, князі (конституційні договори дев'ятнадцятого століття) [178, р. 39]. П.П.Шляхтун до способів здійснення установчої влади відносить октроювання поряд з прийняттям представницькою установою чи виборчим корпусом [808, с. 219]. У найбільш гіпертрофованому вигляді монархічна легітимація виявилася у фразі Наполеона (1804 р.) «Je suis le pouvoir constituant» («я є установчою владою») [117, р. 152]. Тобто він, будучи вже імператором, використав доктрину установчої влади для обґрунтування свого права приймати (змінювати) конституцію.

Ми з цим підходом не погоджуємося і вважаємо його таким, що суперечить самій ідеї установчої влади і що є внутрішньо суперечливим. В другому розділі, що присвячений установчій владі, це буде показано детальніше. Якщо ж брати за основу погляди К. Шмітта, то неспозитивістська легітимність правління може будуватися на монархічному принципі або демократичному. При цьому установча влада – це виключно демократична легітимація.

Релігійна ж ірраціональна легітимність монархічного правління (влада від Бога), створювала окрему модель. Про сам соціальний факт *per se* не йшлося, як у випадку із позитивістами. І лише згодом з'являється ідея установчої влади, що, на відміну від монархічної легітимації, апелює до народу або нації. При цьому вона має і раціональні корені (легітимність процедур), і ірраціональні (віра в уявлену спільноту, за Б. Андерсоном, або віра в цінності конституції – ідея конституційного патріотизму німецької школи і Ю.Габермаса). При цьому виникає парадокс: з'явившись як доктрина, що апелює до народу або нації, вона стала використовуватися і для характеристики монархічного октроювання.

Отже, ми є прихильниками прив'язки ідеї установчої влади саме до народу, а не до монарха. Справа в тому, що в якийсь момент, і це ми чудово побачили на прикладі Франції, монарх втрачає те, до чого він був причетний –

участь у договірному формуванні основних законів. Натомість з'являється вчення про установчу владу, яке ґрунтується виключно на праві нації (народу). Процес заміни монархічної легітимації народною детально описує Х.Арендт [28].

На сьогоднішній день зв'язок установчої влади саме з її суб'єктом – народом є найбільш поширеним підходом. На підтвердження цієї думки звучать думки в науці серед ряду відомих вчених [100; 301; 532, с. 114]. Ми детально будемо розбирати всі аспекти вчення про установчу владу в наступному розділі. Проте зараз треба визначитися щодо неможливості змішування монархічної легітимації із народною. Крім того, монархічна легітимація (з позицій її інтерпретації як якоїсь виключної і абсолютної прерогативи монарха) була досить умовною, враховуючи договірну і станову природу багатьох середньовічних актів.

Розуміння установчої влади як влади, яка є нейтральною і носіями якої може бути будь-хто, розмиває саму ідею установчої влади. Виникає абсолютний функціоналізм: не важливий суб'єкт установчої влади, важливий, по суті, один позитивізм і принцип ефективності. Такий підхід, звичайно, має право на існування і є корисним в якихось своїх аспектах, проте генетично із самою ідеєю установчої влади народу (нації)-суверена він мало пов'язаний (якщо не сказати – зовсім не пов'язаний). На наше переконання, релятивізм тут не є коректним, оскільки не розкриває суть відповідної теорії установчої влади, надмірно розширює її і, в кінцевому рахунку, робить можливим зловживання нею (хоч це і не є основною претензією).

Щодо монархічної установчої влади, то найбільш точно аргументи проти такої постановки питання сформулював Е.-В. Бокенфьорде. Якщо коротко, то установча влада виникла як результат процесу секуляризації, перевівши політичну теологію, на нові, «світські» рейки [58, с. 13].

Отже, так сталося, що ідея монархічної легітимації не задовольнила суспільство на новому етапі його розвитку. Певний період монархічна легітимація ще зберігалася у XIX ст. за інерцією, проте її час спливав. Мова йде про те, що у XIX ст. частково ще зберігалася договірна ідея конституції і актів октроювання. На сьогоднішній день навіть прихильники монархічної легітимації і визнання за монархом установчої влади, визнають, що сьогодні саме демократична легітимація народом є переважаючою. Ми ж вважаємо, що монархічна легітимація майже втратила свій легітимаційний ефект. Британія пішла шляхом концепції парламентського суверенітету, відвоювавши владу у короля і створивши конституцію у матеріальному значенні. Для обґрунтування легітимності формальної конституції виникла концепція установчої влади народу, що виросла з ідеї народного суверенітету. Хоч вона і не стала аксіоматичною, проте її позиції є найбільш сильними із усієї палітри можливих варіантів і інші випадки легітимації можна вважати некласичними. Боротьба ведеться навколо самої ідеї установчої влади і можливості перетворення її змістовного наповнення (концепції постсуверенної установчої влади Е.Арато тощо).

Ідея народного суверенітету, на відміну від монархічної легітимації, в якийсь момент стає панівною. Як стверджує В.Й. Старосольський, в революційній боротьбі проти абсолютизму поняття суверенності ніби повернулося навколо своєї вісі. Воно повернуло своє вістря всередину. Стало питання, кому в державі належить суверенність [742, с. 12]. На думку С. Дністрянського, замість суверенності держави в середньовічному значенні дореволюційної доби приходиться суверенність народу, суверенність усіх громадян [536, с. 231].

Г.Джейкобсон і Я. Рознаї підкреслюють: полегшення процесу участі населення в авторстві їхньої конституції підвищує легітимність конституційної революції [247, р. 260]. А.Каливас наголошує, що установча влада відповідає

потребі в демократичній легітимності та дозволяє переосмислити проблему дефіциту легітимації, який неминуче переслідує нормальну політику всіх сучасних конституційних, представницьких демократій [252, р. 237].

Таким чином, демократична легітимність може посилюватися із використанням установчої влади. При такому використанні може існувати певна градація якості відповідного процесу легітимізації конституції. Крім того, варто завжди пам'ятати, що установчу владу, як, наприклад, той же Наполеон, завжди будуть намагатися використати як символічну пояснювальну доктрину. В таких випадках з'являються підстави для критики установчої влади за таких ситуацій зловживання нею (про зловживання установчою владою ми будемо говорити в наступному розділі).

Можуть бути і проміжні ситуації. Так, часто згадка про установчу владу в ретроспективному аспекті підсилює легітимаційний ефект, навіть якщо вона була здійснена із певними відхиленнями від умовного стандарту. Зокрема, в ФРН установча влада конституціоналізувалася прямою згадкою про себе в преамбулі Основного Закону ФРН. Вважається, що пряма згадка про установчу владу у Основному Законі ФРН спрямована на те, щоб надати останньому легітимності появи і чинності [334, s. 114].

До речі, сам термін «установча влада» ми бачимо вкрай рідко. Замість згадки про установчу владу все ж частіше можемо зустріти відсилку до народу як джерела влади чи суб'єкта ухвалення конституції (або ж від чийого імені конституція була ухвалена представницьким органом), а також до такого поняття як «Установчі збори» (якщо конституція приймалася ними або відповідний механізм закладений у процедуру прийняття нової конституції чи внесення до неї змін).

Можна назвати як приклад експліцитного регулювання терміна «установча влада» конституцію Венесуели 2009 року, ст. 347: «Первинна установча влада належить народу Венесуели». Відповідно до ст. 368 Конституції Арге-

нтини «незважаючи на будь-які положення цієї Конституції, Парламент, здійснюючи свої установчі повноваження, може вносити зміни шляхом доповнення, зміни або скасування будь-якого положення цієї Конституції відповідно до процедури, викладеної в цій статті» [422]. Відповідно до ст. 103 Конституції Куби 2019 року Національна асамблея народної влади – єдиний орган із законодавчою та установчою владою в республіці [126]. Відповідно до ст. 11 Конституції Бразилії 1988 року кожна законодавча асамблея штату з установчими повноваженнями (*constituent powers*) розробляє проєкт Конституції штату протягом одного року після проголошення Федеральної конституції, дотримуючись принципів Федеральної конституції [63]. Відповідно до статті 8 Конституції Алжиру 2020 року установча влада належить народу [19].

Повернемося до прикладу Основного Закону ФРН, який в цьому плані показовий, символічне звернення саме до установчої влади було здійснене щоб подолати дефіцит легітимності. Переважна більшість вчених схиляється до того, що реалізація установчої влади у 1949 році була або фікцією (радикальний варіант), або мала певні недоліки здійснення.

З одного боку, на думку Т.Маунца, парламентська рада, незважаючи на те, що вона була обрана не безпосередньо народом, а ландтагами земель, діяла все ж таки як конституанта, а не як Дорадчий конституційний конвент [301]. А от на думку Ф.Мюллера, у випадку з Основним Законом 1949 р., однак, не було дотримано нічого процесуально, що могло б бути пов'язано з «установчою владою». Поточна формула була обрана редакційною комісією Парламентської Ради в той час, коли Основний закон ще мав бути ухвалений на референдумі. Але після ратифікації ландтагами замість плебісциту, формулювання залишили без змін [310. s. 23]. Г. Мьоллер наголошує, що Основний закон ухвалив орган, який не отримав мандат на розробку конституції та який не був підтверджений референдумі [306, s. 245].

Але це скоріше формальний бік питання. Як зазначає А.Шайо і Р.Уітц, Основний Закон був написаний, коли частина населення вибула з політичного процесу, перебуваючи в невільному стані або ж піддалася денацифікації [369]. Це важлива думка, проте виключення певних груп із конституційного процесу все ж було цілком легітимним (інакше неможливо було досягнути демократизації). Цей приклад показує, що накладення такого роду обмежень на здійснення установчої влади все ж є можливим.

О.Депенгойер наголошує на тому, що це метафоричне висловлювання [426]. До речі, критика самої концепції установчої влади з позицій політичного міфу є одна із найбільш поширених. Критику відповідної формули бачимо і у Г.-П. Шнайдера. Той факт, що німецький народ на той час не мав оригінальної установчої влади через окупаційний суверенітет і відповідальність чотирьох держав за Німеччину в цілому, є вагомим. Крім того, у 1949 році не «цілий» німецький народ здійснював свою установчу владу (як зазначено), а лише частковий народ Федеративної Республіки Німеччина [226, s. 73].

Більш м'яка позиція у Й.Ізензее: «цю частину преамбули не можна відкидати як риторичну та декоративну приналежність. ... Звичайно, за самовиправданням немає стандартного порядку. Кожен вільний вірити чи не вірити міркуванням. Але Основний Закон сприяє вірі. Він прагне, щоб німецький народ, якого він називає своїм творцем, визнав його своєю конституцією» [226, s. 16].

На думку Д. Мурсвік, унормувати минулу подію створення конституції в самій конституції було б безглуздо [311, s. 23]. Проте він наголошує на тому, що тим самим було підтверджене (позитивовано) установчу владу і визнано, що народ має (позитивну) компетенцію складати конституцію [311, s. 97-98]. Тобто, по суті, нормативний пафос конституціоналізації спрямований більше на майбутнє. Хай там як, але історія показала довговічність Основно-

го Закону і нове здійснення установчої влади навіть після об'єднання Німеччини не мало потреби.

В більш широкому ключі розмірковує Д. Диженгауз, який стверджує, що оскільки подія, як вона характеризується в конституціях (відсилка до народу як суб'єкта прийняття конституції), ніколи не відбувається, увага має бути зміщена на щось інше, або на зміст конституції, яка потім вимагає оцінки її за зовнішніми стандартами політичної моралі, або на механізми правового забезпечення чинності [158, р. 259]. Тобто дуже важливою є постлегітимація і інші, додаткові фактори легітимності, окрім власне установчої влади.

Мабуть, повністю нівелювати установчу владу таким чином, як це робить Диженгауз, шляхом заперечення справедливості здійснення установчої влади при прийнятті конституцій, є недостатньо обґрунтованим, проте факт приписування установчої влади тим випадкам, коли її реалізацію можна поставити під сумнів, дійсно існує, і фактор подальшої легітимації не можна ігнорувати.

З описаного прикладу ФРН можна зробити деякі висновки щодо демократичної легітимації конституції за рахунок використання доктрини установчої влади. Установча влада розуміється як «конвенційна», тобто сприйнята в демократичному світі практика, використання якої вітається. Та набагато складніше зробити цей процес реальним, ніж просто назвати його відповідним словом. Крім того, є дискусія, що конкретно установча влада має означати, який її мінімальний сутнісний зміст і стандарт. Наприклад, в якій формі саме народ має долучатися до її здійснення.

Щодо питання міфу, то це, до речі, актуальне і для України, яка лише постфактум, у 1997 році, після прийняття Конституції, стала артикулювати вустах суддів КСУ концепт «установчої влади» (це предмет нашого розгляду у четвертому розділі дисертації). В якійсь мірі (за умови дотримання міні-

мальних умов), дійсно, питання здійснення установчої влади – це питання віри в легітимність конституції.

Чому ідея міфу (якщо визнати її такою) все ж працює, а доктрина установчої влади народу є сильним джерелом демократичної легітимності? Яка природа цього легітимаційного ефекту? Чому установча влада справляє такий магічний вплив, за рахунок якого посилюється легітимність (досвід ФРН), і в чому корені підкорення людей прийнятій конституції?

Не слід перебільшувати раціоналістичну природу концепції установчої влади. Вона є секуляризованим варіантом божественної влади, яку раніше активно використовували при монархічній (договірній) легітимації. Недарма автором концепції установчої влади став саме аббат Сійєс. Насправді, як би ми не розмежовували монархічну і демократичну легітимацію, вони мають у своїй підставі певні вірування. Це можна умовно політичною теологією. Як писав К.Шмітт, всі точні поняття сучасного вчення про державу представляють собою секуляризовані теологічні поняття [376]. Підтвердження цієї думки можна знайти у ідеях багатьох вчених, які звернули увагу на відповідну особливість.

На думку К. Шмітта, уявлення про ставлення установчої влади (*pouvoir constituant*) до влади, що засновується (*pouvoir constitué*), має свою повну систематичну та методичну аналогію в уявленні про ставлення породжувальної природи (*natura naturans*) до природи породжуваної (*natura naturata*) Вчення про *pouvoir constituant* не можна зрозуміти тільки як механістичний раціоналізм [375].

Концепція установчої влади, винайдена теологом, є відомим прикладом того, що було названо політичною теологією: установча влада — це секуляризована версія божественної влади для створення світу *ex nihilo*, створення порядку, не підпорядкованого йому [341, s. 640-641]. При цьому, звісно, насправді нічого, як *nihil*, не існує, тому нові конституції емпірично встанов-

люються на руїнах порядку, який розвалився після революції, програної війни чи подібної катастрофічної події [341, s. 639]. Як вказує Б. Таманага, у сучасних ліберальних демократіях обов'язкова для виконання конституція заміщує собою божественний чи природний закон, давній закон чи звичаєве право античних Греції і Риму та Середньовіччя забезпечуючи правовий контроль над владою [755, с. 66-67].

Д. Грім, який робить акцент на природі конституції саме як писаного акта із вищою юридичною силою, бачить корені цієї ідеї в релігії: розвиток старої ідеї ієрархії норм (божественних і світських) і повторне впровадження її в позитивне право. Це було зроблено шляхом поділу позитивного права на два різні органи: один, який походить від народу або був приписаний до нього і пов'язував уряд, і той, який впливав з уряду і зв'язував людей. Сієс концептуалізував його у дихотомії *pouvoir constituant* і *pouvoir constitué*, причому перший встановлював терміни для останнього [325, s. 102].

Отже, конституція як акт установчої влади народу є своєрідним правонаступником божественної легітимації, але вже на якісно новому рівні. Взагалі термін «влада» в словосполученні «установча влада» також потребує уточнення. М. Манн в своїй теорії чотирьох видів влади виокремлює ідеологічну владу. Вона впливає з потреби людей в сенсі життя, з прагнення розділити з кимось норми і цінності, взяти участь у ритуальних практиках. Ідеологічна влада дає владарює через переконання, претендуючи на істину і вільну участь в ритуалі. Вона також трансцендентна в просторі [296]. Ідеологічна влада – це поняття і категорії, що дозволяють зрозуміти світ; норми поведінки; ритуальні/естетичні практики. Політична ж влада – це державна влада і її інститути [297]. Чим ідеологія народу як джерела влади, установчої влади тощо – не є сама по собі ідеологічною владою? Вона дозволяє зв'язати, об'єднати людей на певному принципі через переконання, виконуючи функ-

цію легітимації політичної, економічної, військової влади і її інститутів (за Манном).

Як справедливо пише А.Арато, деякі з наших значущих політичних концепцій є секуляризованими теологічними. Таке головне зусилля політичної теології — збереження і нав'язування в політичній теорії концепцій і фігур думки, успадкованих від монотеїзму, проте трансформованих [25, р. 269]. Альтернатива, яка надовго стала панівною, інтелектуально та політично, передбачала заповнення цього порожнього простору у вигляді державця. Найкращі інтерпретації цього вибору вказують на політичну теологію, а саме на інтерпретацію народу як секуляризованого монотеїстичного божества, з суверенною владою [26, р. 80].

Під час Французької революції Сійєс розробив теорію народу (точніше: нації) як суб'єкта установчої влади. Наслідки християнських теологічних уявлень про конститутивну силу Бога були ще занадто сильними і живими у 18 столітті, незважаючи на все просвітництво [377, s. 77-78]. Коли люди, як творці конституції, набувають риси Бога-Творця, вони утворюють німе божество, чию волю повинні прочитати призначені інтерпретатори [238, s. 71]. Без такого «держателя», який може претендувати на установчу владу для себе або якому його слід приписати, доктрина установчої влади була б політично безфункціональною [226, s. 63]. Ф. Мюллер вказує також на заміну позасвітської (надземної) легітимації правлячих осіб/груп необхідністю звертатися до «народу», і саме відтоді з'явилися тексти про «установчу влада»; оскільки Бог відійшов від політичного життя (і пішов з історії), його посада не стала вакантною [310, s. 11-13]. Як зазначає Е.-В. Бокенфьорде, з точки зору змісту, навіть теолог використовував поняття *rouvoir constituant*, щоб передати людям певні атрибути Бога, як вони були розроблені в християнській теології: *potestas constituens, norma normans, creatio ex nihilo* [58, s. 12].

Саме тому установча влада виросла із віри в монарха, змінивши своєї божество на «народ». Вона взяла багато доктринальних атрибутів минулого вчення, секуляризуючи їх. Разом із тим, це якісно інша ідеологія і віра, яка має набагато більш складну природу і форми реалізації, вона поступово еволюціонує, історичний досвід форми форми і процедури її реалізації, матеріальні принципи тощо. Саме їх ми і будемо аналізувати, проте ніколи не можна забувати про коріння і значення віри, яке для установчої влади є дуже важливою базою.

Це історико-ідеологічне пояснення, по суті, як корисного міфу ідеології нового світського позастановчого суб'єкта – народу (нації) і пояснює життєздатність саме доктрини установчої влади.

Німецький кейс і ідея установчої влади як «корисного міфу», а також процитована попередньо думка Д.Диженгауза піднімає питання можливості більш широких типів несприятливої легітимності конституції. Тобто чи існують ще якісь варіанти легітимності квазі-установчої влади або ж рівноцінні за значенням цій доктрині? Тобто ті, що є певною альтернативою установчій владі. Такі способи існують і широко описані в літературі.

Очевидно, що не всі конституції приймалися і задумувалися як народні, як акти установчої влади. Х. Арндт розмежовує (слідом за Т. Пейном) конституції як акти неревольюційного уряду і конституції, як акти народу [28].

У науці досить поширеною є нейтральна категорія «constitution making», яка охоплює як аспекти безпосередньо прийняття, так і внесення змін до конституції. Тобто це дуже широке поняття. Існує численна література на цю тему [62; 101; 110; 112 ; 303; 315; 432; 439]. Причому «constitution making» може охоплювати різні варіанти легітимації конституції, що не обов'язково передбачають власне концепт установчої влади якої такої (але частіше є все ж певними варіаціями здійснення установчої влади чи використання елементів установчої влади).

М.Розенфельд виокремлює такі моделі Constitution-making, а саме: модель, заснована на революції, невидима британська модель, модель, заснована на війні, модель пакту, транснаціональна модель, модель на міжнародній участі [351]. К. Клейн і А. Шайо виділяють: 1. Моделі створення Ex Nihilo: (a) Революційна версія: і. Ідея Установчих зборів; ii. Змішане конституційне законодавство за часів масової демократії (Виникнення референдуму). (b) Конституції розбудови національної держави: і. Державотворення як акт національного суверенітету; ii. Створення Конституції за допомогою міжнародних зусиль. 2. Модель створення конституції «за правилами» [325, р. 419].

В якійсь мірі остання класифікація створює алюзії на первинну (оригінарну) і вторинну (інституційну) установчу владу (про ці два різновиди установчої влади детальніше мова піде у другому розділі дисертації). Ідея «Ex Nihilo» якраз тісно пов'язана саме із оригінарною установчою владою. Проте, як бачимо, варіантів Ex Nihilo автори пропонують досить багато. Причому тут ми знову зустрічаємося із концептуальною проблемою – спокусою необмеженої нічим ідеї Ex Nihilo, яка ніби опонує створенню конституції «по правилам».

Г. Галмаї виокремлює дві традиції Constitution-Making: революційну, що ув'язується із установчою владою і втілюється у американській і французькій революції і неревольюційну модель, що представлена англійською і німецькою моделлю. Неревольюційна традиція прагне легалізувати існуючу систему правління – а у випадку німецької та британської конституційної еволюції, яку можна розглядати як прототипи цієї моделі вона також прагне обмежити королівські повноваження – шляхом прийняття нової конституції [223, р. 9-10].

Отже, власне кажучи, концепт «constitution making» застосовується для опису того, як потрібно приймати конституцію, розробляти її проєкт, вносити зміни. Безпосередній зміст самої конституції цей підхід не так сильно ці-

кавить, тому в її моделях часто закладені альтернативні установчій владі способи легітимації.

Не можна забувати і про договірні теорії, які сьогодні досить поширені для опису легітимності процесу прийняття конституції. Та чи є вони повноцінною альтернативною ідеєю установчій владі – досить велике питання.

Мовою угоди оперує О.Гьофе [524, с. 208]. Дж. Ролз формулює свою теорію суспільної угоди, розуміючи її як гіпотетичну і позаісторичну. Він стверджує, що прийняті принципи залежать від реального ходу подій, що відбуваються в рамках інституційної структури [717, С. 263, 264].

Зустрічається підхід, за яким всі конституції в тій чи іншій мірі є угодами, які втілюють угоду між відповідними сторонами. Чи витримають сторони ці угоди, в основному залежить від (а) чи вважають сторони, що їм було б краще за інших умов; (b) очікувані санкції за порушення угоди; та (c) чи можна легко змінити існуючу угоду чи іншим чином внести зміни [161, р. 65-66].

Намагання поєднати теорію установчої влади і суспільного договору – доволі популярна концепція. Відродження договірних засад сьогодні пов'язано з ідеями постсуверенної легітимності (Арато), які намагаються привнести договірні (консенсусні) елементи у процес створення конституцій, модернізувавши концепцію установчої влади із суверенної на постсуверенну. Ідеї Арато ґрунтуються на ідеях А.Лейпхарта і можливості більшої інклюзивності в розробці конституції і залученні різних груп акторів. При цьому ми пам'ятаємо також про окрему концепцію конституції як пакту (у М. Розенфельда). Ідеї досягнення домовленостей в рамках певних груп обстоював ще А.Лейпхарт у своєму вченні про консенсусну або плюралістичну демократію, чому буде присвячений окремий підрозділ в рамках другого розділу дисертації.

Існує також намагання зв'язати ідеї контракту і установчої влади – як перехід від елітних контрактів до народних. На думку Т.Е. Ейзенштадт, А. К. ЛеВан і Т. Мабуді замість того, щоб представляти елітарні пакти, нові способи створення конституції за участі учасників, такі як установчі збори та посилене використання референдумів, посилили уявлення населення про конституції як кумулятивний результат нових соціальних контрактів. Таким чином, конституції більше не є справою еліти [108, р. XV].

Деякі конституції і зараз зберігають договірний характер. Так, відповідно до ст. 94 Конституції Князівство Монако повний або частковий перегляд цієї конституції можливий за спільної згоди Князя та Національної Ради [589, с. 258]. Проте це скоріше свідчить про те, що модернізація відбулася не скрізь, а, мабуть, для невеликих країн зі сталими традиціями, як Монако, в цьому потреби немає.

Та все ж є більш обережні думки щодо ідеї договору. Вартим уваги є підхід Т. Гінсбурга, який в контексті сучасності критикує метафору договору. Вона, на його думку як описово, так і нормативно неточна. Натомість він пропонує використовувати термін «координація», який на його думку забезпечує кращий опис того, чому люди дотримуються конституційних положень, яких вони не мали і потенційно не погодились би [391, р. 182-183].

Існує також цікава думка К.Шмітта, яку іноді використовують для релятивізації установчої влади при намаганні будь-які процедури прийняття конституції підвести під доктрину установчої влади. К.Шмітт пропонує розширити саме поняття демократичної легітимації. На його думку, способи здійснення установчої влади народом можуть бути різні, аж навіть до простого мовчазного сприйняття. Тобто легітимність виступає просто як презумпція - за умови мовчазного ухвалення певного рішення [377, с. 90-91].

Мовчазна легітимація, про яку пише К.Шмітт, саме як легітимацію установчої влади розглядати дуже спірно. Водночас у зв'язку із цим існує інше

питання, яке дискутується: чи можлива т.з. «подальша» легітимізація, якщо первинна легітимізація із установчою владою пов'язана не була? Наприклад, легітимізація може мати місце і без установчої влади за рахунок демократичного змісту норм і інших засобів, про які ми ще будемо говорити далі.

Ж. Колон-Ріос висуває ідею «реконституції», тобто процесу, який може бути здійснений в тому випадку, коли первісна конституція не була легітимована демократичним способом. Той факт, що конституційний режим походить із недемократичного конституційного епізоду, не обов'язково означає, що він є (або завжди буде) нелегітимним з демократичної точки зору [99, р. 200-201]. Реконституція тут означає не просто «конституційні зміни», а тип конституційних змін, які через свій фундаментальний характер мають супроводжуватися інтенсивним рівнем участі населення та демократичною відкритістю [99, р. 243-244]. Адже історія конституційної теорії – це історія пошуку шляхів захисту демократичної легітимності конституційних режимів, а не намагання поставити під сумнів їх легітимність [99, р. 245].

О. Дойл пропонує ідею того, що конституційні системи можуть бути створені без здійснення установчої влади і що конституційне право може відігравати важливу роль у створенні суб'єкта, здатного здійснювати установчу владу. При цьому важливими є відсилки до народу, але не для розповіді про те, як була створена конституція, а для того, для кого конституція призначена [150, р. 161]. На його думку, народ є лише одним із суб'єктів, які можуть здійснювати установчу владу. Крім того, конституції можуть існувати без будь-якого здійснення установчої влади. Якщо влада була успішно реалізована, це може вважатися законною установчою владою, навіть якщо вона є незаконною [150, р. 180].

Тобто у всіх названих ідеях пропонується гнучкий підхід. Демократична легітимізація, якщо вона не була здійснена первісно, може відбутися згодом в різних формах. І навпаки, факти первинної демократичної легітимізації мо-

жуть з часом втратити свій легітимаційний ефект. Такий, більш гнучкий підхід до оцінки легітимації конституції, насправді показує всю складність явища і не призводить до спрощення, коли ми оперуємо виключно одним із двох описаних вище дихотомічних підходів. Тим самим ускладнюється і розуміння установчої влади, на яке вже потрібно дивитися під іншими кутами.

Й.Ізензее також дотримується гнучких поглядів. На його думку, у якій би формі і за яких би обставин не виникла конституція, її ефективність не залежить від неї. Швидше, вирішальним є те, що особи, які беруть участь у державному житті, визнають їх законними і фактично задовольняють свої вимоги на дійсність. Визнання не є офіційним актом і не явним зобов'язанням. Причини можуть бути релігійними, моральними, політичними, прагматичними. Акторам не потрібно розкривати свої мотиви чи розмірковувати про своє ставлення [226, s. 28]. За Й. Ізензее причини, що призводять до затвердження Основного Закону, слід відрізнити від процесу легітимації як очікування і як виконання. Вчений виділяє три види причин: 1) зміст Основного Закону: сила ідеї свободи; 2) форма: авторитет конституційного документа; 3) якість норми: надійність закону [226, s. 38] .

Ми би також згадали думку Ю.Габермаса, який наголошує, що народний суверенітет і права людини забезпечують дві нормативні точки зору, з яких прийнятий, змінний закон має бути легітимним як засіб для забезпечення як приватної, так і громадянської автономії особи [219, p. 115]. Ю. Габермас розглядає народну легітимацію і легітимацію через права людини як взаємодовповнючу. Проте мабуть у виключних випадках легітимація через права людини може слугувати певною самостійною формою легітимності. Це буде легітимністю через зміст, як ми вище показали це у Й.Ізензее.

Не варто забувати і його ж (Ю.Габермаса) авторську ідею легітимації через вільну згоду рівноправних учасників дискусії (дискурсу, обговорення). Суть конституції не буде конкурувати з суверенітетом народу лише якщо

сама конституція виникне в результаті інклюзивного процесу формування думок і волі громадян [216, р. 771]. Тобто, по суті, вчений уточнює ідею народної волі на власний манер, де найбільш важливим є процес формування «народної волі» з точки процедури дискурсу.

Обов'язково варто пам'ятати про зовнішню легітимацію. Проте зовнішня легітимація не може замінити внутрішню легітимацію. Зовнішнє з'єднується з внутрішнім. Суспільство ліберальних держав визнає лише тих, чия конституція підтримується волею народу [226, s. 51]. Схожу проблему ми вже вказували на прикладі ФРН, де установча влада покликана створити міфічну легітимність конституції, створеній в умовах міжнародного впливу. Та це не єдиний приклад в світі і можна навести багато інших (найбільш яскравий приклад – Боснія і Герцеговина).

Існують також ідеї установчої влади як динамічної постійно відтворюваної легітимності. Адже «класична» теорія народної легітимності як суверенної установчої влади охоплює лише одноразову легітимацію. Натомість, як це буде продемонстровано далі у роботі, т.з. «постсуверенні» концепції (Е.Арато), а також оригінальні ідеї демократичної легітимності (П.Розанвалон) розглядають легітимність ширше - як з точки самого процесу конституцієтворення із залученням широкого спектру акторів для більшої легітимності, так і в процесі самого функціонування правових норм (постійна актуалізація легітимності за допомогою різних засобів).

Крім того, якщо звернутися до легітимаційної ідеї прав, права – це права сучасних людей, які вимагають балансу з народним суверенітетом. «Політична філософія ніколи не могла знайти баланс між народним суверенітетом і правами людини, або між «свободою стародавніх» і «свободою сучасних»» [219, р. 116]. Тому актуалізовані права – це дуже важливий легітимаційний фактор навіть народно легітимованої конституції. Так, Ю. Габермас розуміє конституцію як проєкт, який перетворює засновницький акт на безперерв-

ний процес створення конституції, який триває через покоління [216, р. 768].

В цілому, ми не заперечуємо широкої палітри легітимаційних факторів, які, до речі, можуть доповнювати легітимацію за допомогою установчої влади. В певних унікальних випадках можлива демократична постлегітимація конституції, яка із самого початку ґрунтувалася або на монархічній легітимації, або на принципі ефективності. Проте навряд чи такі країни можуть вважатися такими, де існує конституція як акт установчої влади, принаймні в повноцінному розумінні.

Ми маємо також навести компромісний підхід поєднання принципу ефективності (соціального факту) із неперитивним принципом народно-демократичної легітимації у формі народовладдя і реалізації установчої влади (монархічну неперитивну легітимність і договірну теорію ми виносимо за дужки).

В чому сутність компромісного підходу і поєднання принципу ефективності із легітимацією конституції у вигляді теорії установчої влади (або іншими неперитивними теоріями)? Насправді вони можуть доповнювати, посилювати або усувати вади один одного. Демократична легітимація поза принципом ефективності – неіездатна. Принцип ефективності поза демократичною легітимацією є неповноцінним виходячи з первісної ідеї конституціоналізму як влади, легітимованої і обмеженої народом. Водночас у виняткових випадках можна опертися саме на принцип ефективності за умови, якщо варіанту легітимації не існувало або принцип ефективності застосовується тимчасово, до появи можливості здійснення демократичної легітимації.

Л.Даймонд формулює наступну суперечність (парадокс) демократії між згодою (consent) і ефективністю (effectiveness). Щоб бути стабільною, демократія повинна набувати легітимності, яку визнає народ, що має вважати її за найкращу, найдоречнішу форму врядування для свого суспільства. Водночас люди не цінуватимуть демократії, якщо вона не буде успішно функціонувати

[525, с. 93]. Тобто ефективність і демократична легітимація мають йти поряд і балансувати між собою.

Коригування конституції звичаєм, у тому числі шляхом скасувального звичаю – *deseutedo*, і є тим принципом ефективності, який коригує текст конституції аж до визнання нечинності самої норми (як би з точки зору її появи демократично-легітимною вона не була). Тобто ефективність має значення в процесі дії конституції (чи вона була б заснована на демократичній легітимності, чи з її порушенням). Принцип ефективності як легітимація ухвалення конституції не є дефектним *per se*, як і не є якоюсь панацеєю демократична легітимація шляхом прийняття конституції установчою владою чи інші можливі варіанти. Ми наголошуємо на необхідності конвергенції і доповнення між ними. Загальним правилом, на наш погляд, має бути демократична легітимність, яка має спиратися на принцип ефективності. Поза демократичною легітимністю апеляція до принципу ефективності також можлива, але у крайніх випадках і з забезпеченням подальших механізмів легітимації конституції.

Тобто поза принципом ефективності і без його використання інші варіанти просто часто не можуть бути життєздатними. Крім того, існує певний період в часі, коли існує фактичний уряд виключно а підставі принципу ефективності, а жодної демократичної легітимації в класичному вигляді (крім факту революції).

Як писав М.Оріу, фактичний революційний уряд здійснює владу до подальшої формальної ратифікації конституційним законом, або ж неформальної ратифікації, що здійснюється за допомогою приєднання підданих або схвалення судової практики. В будь-якому разі буде існувати певний проміжок часу, протягом якого піддані будуть перебувати ніби між двома законним владами [227]. Це т.з. передумовна влада, для якої принцип ефективності є вкрай важливим, і до неї ми же повернемося.

Приклади обґрунтованого використання принципу ефективності можна знайти у випадку тимчасових конституцій або розробки конституцій під впливом міжнародних акторів.

В даному разі наша позиція з приводу пропонованого гнучкого і компромісного підходу полягає у тому, що принцип ефективності може бути тимчасово застосований із подальшою демократичною легітимацією.

Найбільш повно інтегративний підхід знаходимо в постсуверенній теорії установчої влади. Забігаючи наперед, зазначимо, що ця теорія намагається використати всі існуючі способи легітимації. Це і принцип ефективності із тимчасовими конституціями, і легітимація через зміст, і договірні елементи, постійно відтворювана легітимність через неформальні зміни конституції, і, звичайно, класичні процедури установчої влади як такої.

При цьому ми не підтримуємо ідею розширення самої установчої влади до т.з. «ненародних» форм, принципу ефективності тощо. Досить яскраво про багатозначність і різноаспектність установчої влади пише Г.-П. Шнайдер, виокремлюючи поняття установчої влади в соціолого-емпіричному, політико-полемічному і нормативно-правовому сенсі. Якщо влада, що засновує конституцію, трактується соціолого-емпірично, то мова в цьому випадку йде про фактичну владу або авторитет, що здатний створити певну конституцію і ввести її в дію. Кожен, хто має на увазі політичний зміст, намагається шукати виправдання установчої влади в рамках певного соціокультурного порядку і традиції у носія внутрішнього суверенітету. Нарешті, з юридичної точки зору, за Г.-П. Шнайдером, установча влада ґрунтується на правилах і нормах, які стосуються процесу створення конституції [226, s. 55-56].

Тобто ми бачимо тут розширення установчої влади до усього спектру форм. В даному випадку ми відходимо від приписуваною К. Шмітту (причому досить несправедливо) ідеї охоплення установчою владою будь-якого процесу ухвалення конституції. Насправді, такий релятивізм в цьому плані

ми вважаємо недостатньо обґрунтованим, як і надзвичайне розширення форм здійснення установчої влади. Відбувається змішування питання ефективності і справжньої народної легітимації. Скоріше тут можна стверджувати про інші типи несприятливої легітимності, можливості тимчасової конституції, використання принципу ефективності не як установчої влади *per se*, а лише як кроку до її застосування.

Таким чином, раціоналізована легітимація у формі доктрини установчої влади, незважаючи на всі свої переваги і очевидну тенденцію до домінування, не означає, що інші форми легітимації, що забезпечують принцип ефективності, не можуть бути застосовані. Такими формами є тимчасові конституції, конституції, ухвалені під міжнародним тиском тощо. Проте розширення поняття установчої влади до всіх способів, які дозволяють ухвалити конституцію, що буде ефективно діяти, є не зовсім вдалим.

Для повноцінного визнання доктрини установчої влади справжня установча легітимація (прийняття нової конституції замість тимчасової) має відбуватися в будь-якому випадку. Це може відбутися або шляхом транзиту і конституційної реформи зі збереженням континуїтету або революційним шляхом із порушенням континуїтету. В другому випадку (за умови розриву континуїтету) мають зберігатися базові процедурні принципи, а сам розрив має бути обґрунтований ситуацією, що склалася, конституційним моментом, як про це пише Б. Акерман [7; 7; 8].

Висновки до розділу 1

1. Античний період став лише поштовхом для розвитку середньовічної думки про конституцію і практики її створення вже у Новий час, не сформувавши при цьому повноцінну теорію конституції і не маючи для цього підґрунтя в реальному житті. Термін «конституція» переважно мав стосунок до матеріального поняття устрою, рідше - до формальних правових актів, вод-

ночас у таких актів не були наявні формальні ознаки у вигляді юридичного верховенства, підвищеної стабільності тощо.

2. Зародження ідеї конституції у Британії не було пов'язано з ідеєю народу, оскільки про нього йшлося досить опосередковано через наділення абсолютним суверенітетом парламенту, позбавляючи такого суверенітету монархію. Правління ж колегіального органу, а також інші чинники дозволили згодом англійській державі еволюційно демократизуватися і пряме звернення до ідеї суверенності народу *per se* виявилось непотрібним, а наслідком Славетної революції не стало виникнення конституції як формального і верховного джерела (акта вищої юридичної сили) і акта установчої влади народу. Звернення до установчої влади не знадобилася, оскільки не був необхідним розрив із попереднім режимом, навпаки, в ході Славетної революції йшлося якраз про відновлення старої матеріальної конституції, її принципів, а не про розрив із нею і створення нової. Це не виключає думку про те, що в процесі відновлення все ж англійцям вдалося створити якісно нову модель. Конституцію Великої Британії сьогодні розуміють саме як конституцію у матеріальному розумінні і вона унікальна тим, що вона в тому вигляді, як виникла наприкінці XVII ст., загалом і зберігається до нині, становлячи окрему гілку еволюції конституції і конституціоналізму в світі.

3. Для США характерним є гарантування власного правового порядку у спосіб, який був принципово відмінним в англійській конституції, і який полягав у намаганні відійти від суверенітету парламенту, а також створити формально зв'язуючу парламент конституцію. Найбільш важливими джерелами, що привели США до ухвалення писаної конституції у 1787 році, були: ідея договору, яку використовували колоністи; колоніальні даровані статuti про управління власників колоній або корони; ідея основного закону; ідея природного права, що втілилася в ухвалення декларацій прав людини; поява пер-

ших конституцій незалежних штатів; ідеї провідних мислителів; рух федералістів (і антифедералістів).

4. Конституція у середньовічний домодерний період в континентальній Європі розвивалася у її матеріальному розумінні, тобто поза ідеєю писаного акта із найвищою юридичною силою. Правове регулювання владних відносин було складним, ґрунтувалося на звичаї і меншою мірою на писаних джерелах, а доконституційні акти, які діяли в ці часи, мали складну природу. Середньовічний період, який умовно поділити на доабсолютистський і абсолютистський, зберігає уявлення про договір між станами і монархом, що часто закріплювався формально. Ідея формальної конституції як акта установчої влади при цьому, маючи в своєму фокусі ліквідацію станів, знищила тим самим станову феодальну систему.

5. Конституція в формальному значенні у континентальній Європі виникає на базі вчення про основні закони, природного права і прав людини, англійського і американського досвіду шляхом рецепції загального задуму і окремих конструкцій і положень ідеї суспільного договору, за рахунок впливу політичної теології і процесу сакралізації державного права, процесу створення націй, розвитку ідеї державного і народного суверенітету. У Франції ключову роль відіграла ідея установчої влади, яка вже не була договірною концепцією (хоч і зазнала впливу ідей Руссо), натомість була сформована ідея самопредставництва нації Установчими зборами, без прямого залучення народу (проте згодом таке пряме залучення все ж було поступово вмонтоване в доктрину установчої влади).

6. Підсумок історичної еволюції конституції, поняття і реальна практика якої сформувалося у XVII-XVIII ст., можна узагальнити шляхом виокремлення двох аспектів, які містяться в понятті конституції: конституція у матеріальному значенні і конституція у формальному значенні. На наш погляд, матеріальна конституція – це не соціальні сили і відносини, а саме норми

права. Конституція в матеріальному значенні редукується до сфери нормативного, а не фактичного. В протилежному випадку ми отримаємо інституційне визначення конституції як реальних суспільних відносин. Норми матеріальної конституції не обов'язково повинні мати таку ознаку як найвища юридична сила, вони можуть міститися в прецедентах, звичаях, звичайних статутах тощо, проте ключовим є їх предмет. Водночас занадто релятивістське визначення матеріального поняття конституції ми вважаємо некоректним і доводимо, що поняття конституції все ж має розумітися як таке що ґрунтується на певних, конкретних неписаних принципах і такі принципи не можуть заперечувати конституціоналізм як такий. У цьому зв'язку маємо завжди пам'ятати формулу французької Декларації прав людини і громадянина 1789 р., де сказано: «Суспільство, в якому не гарантовані права і не здійснено поділу влади, не має конституції» (п. 16). Отже, в матеріальному понятті важливим є також ціннісний аспект, а наявність відповідних ключових принципів і є ознакою конституції в її матеріальному розумінні. Матеріальне значення конституції розглядається як положення, що регулюють лише певний державний і політичний устрій, а не будь-який. Не будь-який устрій визнається правильним, «конституційним», а лише той, що гарантує права і обмежує владу. Призначення конституції – обмеження влади, причому існує тісний зв'язок ідеї матеріальної конституції із природним правом. Незважаючи на певну автономність конституцієдавця при створенні формальної конституції, він все ж таки зв'язаний матеріальною конституцією у значенні неписаних природно-правових принципів.

7. Дескриптивний (описовий) формат вивчення конституції у формальному значенні не є достатньо обґрунтованим. Формальний документ (конституція) має містити певні принципи. Писана конституція (за наявності) має тлумачитися у зв'язку із неписаними принципами обмеженого правління. Ціннісна нейтральність документа ми не можемо сприйняти як даність. Ней-

тральний підхід до писаного документа (конституції у формальному значенні) – данина позитивізму, адже позитивізм якраз і полягає у виведенні права за межі морального оцінювання. Конституції, що не відповідають ідеям обмеженого правління є скоріше є семантичними (відповідно до класифікації німецького вченого К. Льовенштайна), тобто такими, що діють, але не відповідають ознакам конституціоналізму.

8. Існує дві моделі зв'язку матеріальної і формальної конституції. Перша – у формальному джерелі під назвою «конституція» містяться деякі норми, які не належать до матеріальної конституції. Конституційні за формою акти містять у собі такі норми, які об'єктивно неможливо знайти віднесено до конституції у матеріальному значенні, оскільки їх дію спрямовано регулювання найважливіших суспільних відносин. Друга – матеріальна конституція є ширшою за формальну. Причому обидва випадки можуть доповнювати один одного, а другий взагалі можна вважати загальним правилом. У країнах із наявністю конституції формальному значенні дуже важливим є присутність матеріального значення як з точки зору предмету регулювання (тобто наявність у акті із найвищою юридичною силою під назвою «конституція» норм, що регулюють саме конституційні відносини, тобто стосуються устрою держави), а також з точки зору генетичної природи конституції – обмеження влади (конституція має закріплювати устрій, але не будь-який). Саме при такому підході умовність до поділу на формальне і матеріальне значення означає дуалізм, взаємодоповнення, а не жорстку і непримиренну дихотомію. Дуже важливою є ідея симбіозу формальної конституції і матеріального конституційного права. Будучи джерелом конституції у формальному значенні, установча влада, здійснена у формі прийняття конституції як документа, зустрічається із матеріальною конституцією (неписаними фундаментальними принципами). Тому на етапі прийняття конституції і здійснення установчої влади це варто обов'язково враховувати. Крім того, дія конституції відбувається в

умовах існування різного роду джерел, що становлять матеріальну конституцію і тому вартий уваги процес їх узгодженого функціонування. Матеріальне значення конституції повинно бути присутнє обов'язково. Формальне – значення є факультативним, проте в сучасному світі майже загальноприйнятим.. Тому в тих державах, де є писана конституція, як акт із найвищою юридичною силою (і можливо навіть за своєю природою – як акт установчої влади), часто існує дуалізм матеріального і формального значення конституції. Така дуальність єдність формальної і матеріальної конституції є органічною. Формальна конституція має ґрунтуватися і втілювати матеріальну конституцію як певні важливі принципи конституціоналізму. При цьому допустимим і цілком нормальним є розсуд конституцієдавця у механіці втілення цих принципів, для чого власне писана конституція, зокрема, і потрібна. Крім того, в процесі застосування цілком допустиме є звернення до неписаних принципів матеріальної конституції.

9. Конституція у формальному значенні – документ із найвищою юридичною силою. Це може бути один акт або сукупність актів, проте важливим є сама вища ієрархічна вищість конституції по відношенню до інших джерел права. Останній підхід (розгляд конституції як нормативного акта найвищої юридичної сили) може ґрунтуватися на ідеї установчої влади як найбільш поширеної доктрини, проте можуть використовуватися і інші засоби легітимації. Теоретичний поділ конституцій на писані і неписані конституції може бути збережений, оскільки термін «неписаний» став настільки поширеним, що повна відмова від нього навряд чи можлива. Неписаність також може описувати певний відтінок поняття матеріальної конституції.

10. В якості узагальнення викоремлюємо такі підходи до конституції, які фактично склалися: 1. формальний – конституція – це єдиний писаний акт або сукупність актів (несистематизована конституція або у формі «конституційного блоку»), що має найвищу юридичну силу і особливий порядок зміни;

2) матеріальний – сукупність норм, що містяться в одному або різних джерелах (наприклад, Велика Британія), які регулюють устрій держави без формально вищої юридичної сили і ускладненого порядку внесення змін. В рамках матеріального існує два підходи: 1) релятивістський – допустимим є будь-який устрій і його принципи (цей підхід ми не підтримуємо); 2) обмежувальний – устрій має обов’язково ґрунтуватися на нормах, що гарантують права людини, поділ і обмеження державної влади.

11. Існує три головні причини, які обумовили необхідність писаної форми конституції і виникнення її формального розуміння. Перша із них – це реакція на абсолютизм і намагання обмежити суверенну владу монарха. При цьому треба підкреслити неспроможність договірних підходів до регулювання відносин. На певному етапі договірні підходи вони вичерпали свої можливості через обмеженість свого функціоналу. Другою причиною була еволюція від звичаю до писаного права. Третьою причиною був розвиток раціоналізму. Роль писаного джерела об’єктивно має багато суто юридичних переваг. Письмове джерело окрім певних юридичних властивостей, зумовлених самим фактом систематизації, отримало величезне «трансформаційне» значення. Тобто, на відміну, від історичного і еволюційного визрівання протоконституцій, формальна конституція, будучи позитивним актом певної волі установчої влади, яка ґрунтується на народній легітимності, отримує великі можливості проводити зміни «зверху вниз». Поза таким писаним формальним актом відповідні можливості були набагато меншими і потребували набагато більшого часу. Тобто ми яскраво бачимо, що завдяки конституції відбувається суттєве суспільне прискорення. Прискорення соціальних транзакцій водночас стає призначенням самої конституції (за В.Речицьким). Надзвичайно важливою рисою писаної конституції є її очевидні переваги при обмеженні влади. Виникає водночас і небезпека. Швидкість створення позитивної конституції і такий самий швидкий ефект з точки зору ефекту дії її норм в

суспільстві, за умови зловживань, недобросовісності і автократії може мати вкрай негативні наслідки. Конституціями навчилися користуватися автократи і тоталітарні режими для своїх цілей. Це зворотна сторона писаної форми і властивостей найвищої юридичної сили і підвищеної стабільності.

12. До переваг писаної форми належить не тільки значна роль в обмеженні влади, а й гарантування прав, формування засад устрою в цілому. Створення писаної конституції поєднується з механізмом конституційного контролю. Перевагою формальної конституції є можливість появи конституції як акта установчої влади, що означає її демократичну легітимацію. Перевагою є також підвищена стабільність писаного тексту. Найвища юридична сила – це властивість, яка має допомагати досягненню певних цілей, але не є самодостатнім фактором. Конституція по відношенню до принципів виконує скоріше захисну функцію, ніж формуючу. Крім того, конституція не має бути надто деталізованою з точки зору закріплення норм, які повинні бути результатом політики, тобто законодавчої влади.

13. Писана конституція, яка стала результатом закономірностей розвитку права, може мати також і негативні наслідки. Формальна конституція стала ерзацом традицій в трансформаційних суспільствах. Часто звичаєва (історична, матеріальна) конституція перетворюється на формальну. Якщо ж ідеться про зміну за допомогою конституції реальності, то цінності, на яких така зміна відбувається, мають бути беззаперечними. Недоліком писаної формалізованої конституції також може бути те, що вона не завжди відображає реально сформовані суспільні інститути і існує загроза регресу до попереднього стану. Недоліком водночас є і те, що за відсутності традиції конституція може стати суто номінальною. Конституція має обмежені можливості у «переробленні» суспільства, вирішення завдань поточної політики або гарантування соціальної справедливості.

14. Конституція у формальному розумінні окрім цілісного єдиного кодифікованого акта може також виявлятися у формі несистематизованої (некодифікованої) конституції, іноді для цього використовується таке поняття як «конституційний блок» або «багатотекстова конституція». Ключову роль у формуванні саме конституційного блоку може мати акт під назвою «конституція», яка перераховує інші елементи конституційного блоку. Проте насправді важливу роль відіграє саме судова практика, що «засновує» з часом конституційний блок, ґрунтуючись на тексті Конституції (саме це відбулося у Франції і Молдові). Ідея багатотекстовості, несистематизованості, доктрина конституційного блоку для конституцій у формальному значенні, що мають найвищу юридичну силу, є важливою з огляду на те, що деякі її елементи не класичними актами установчої влади (декларації про незалежність), і самі вже накладають на класичну установчу владу ряд обмежень.

15. ХХ століття, коли конституції стали поширюватися в світі, поставило питання про їх відповідність цінностям конституціоналізму, ефективність і реальність. Ключова думка, якої вчать класифікації конституцій К.Льовенштайна (нормативна, сменатчина, номінальна) і Дж. Сарторі (гарантуюча, номінальна, фасадна), – конституції, що не обмежують владу, не можуть бути нормативними апріорі і виконувати свою регулятивну роль. Основна ідея і вимога до конституції – нормативність, розуміється також ціннісно, з огляду на вимоги обмеження влади і її поділу. Така нормативність може вважатися ключовою ідеєю, якій має відповідати конституція і її невиконання буде означати відсутність реального (органічного) конституціоналізму. Саме на створення нормативної конституції (за Льовенштайном) і має бути спрямована установча влада, її цілі і завдання. Конструкції семантичної, номінальної, фасадної конституції можуть допомогти в аналізі всіх конституцій з позиції їх слабких місць, а також можливих ризиків ефективності їх дії, демократичності і відповідності ідеалам конституціоналізму. Причинами вио-

кремлення і вивчення таких квазіконституцій є такі. Перша – конституції можуть містити ознаки одночасно декількох конституцій (частина з яких – це ознаки «нормативних/гарантуючих» конституцій). Тоді конституцію вважатимемо лише частково дефектною і можливість для виправлення такої дефектності завжди має існувати. Друга – наявність програмних положень у нормативних конституціях, що створює певний відсоток нереалістичності її норм. Третя – обмежувальний потенціал, який може згодом спрацювати у випадку демократичної трансформації і зіграти важливу роль при транзиті – за допомогою вже існуючих в них або нових, спеціально внесених із відповідною метою положень дефектні конституції зможуть забезпечити перехід до демократії.

16. Нормативність конституції можна з'ясувати з точки зору дотримання і реалізації кожної конкретної норми, проте такий підхід є занадто складним (хоч і найбільш повним). На нормативність впливає явище *desuetudo* (фактичне скасування шляхом звичаю), проте його уже важко кваліфікувати (як встановити час, необхідний для того, щоб вважати цей звичай наявним; як з'ясувати долю норм, які ніколи не реалізовувалися). Таким чином, стан нормативності, якщо він первісно був закладений, може поступово зникати. Вважаємо, що ключовим залишатиметься (за Дж. Сарторі) реалізація принципів речей, які є важливими для конституціоналізму. Саме за їх дотриманням ми і можемо зробити висновок щодо стану нормативності конституції в цілому.

17. У правовій науці є різні підходи щодо легітимності конституції. Відповіді на це питання може бути дві. Перша: легітимність як така ґрунтується на принципі ефективності. Друга відповідь: процес появи конституції важливий, він забезпечує її сприйняття як обов'язкової в соціологічному розумінні, але він також важливий для права: виникнення конституції із порушенням певних засад означає її юридичну нелегітимність і нечинність. Легітимність

становить моральну вимогу, що набуває юридичного значення. Така юридично значуща легітимність може мати квазірелігійні корені або бути суто раціоналізованим і секуляризованим вченням (сучасні договірні теорії і доктрина установчої влади). В обох випадках ми (умовно) апелюємо до природного права в широкому сенсі, а не права позитивного. Принцип ефективності не визначає реальність, навпаки реальність може бути оцінена як нелегітимна і як неправова. Можливий також компромісний підхід між принципом ефективності і природно-правовим підходом до легітимації, що намагається в тій чи іншій формі поєднати їх між собою. Постсуверенна теорія установчої влади створює інтегративний підхід до легітимності конституції, оскільки намагається використати всі існуючі способи легітимації: принцип ефективності із тимчасовими конституціями, легітимацію через зміст, договірні елементи, постійно відтворювана легітимність через неформальні зміни конституції, і, звичайно, через класичні процедури установчої влади як такої.

18. Установча влада розуміється як сукупність вимог такої демократичної непозитивної легітимності, які засновані на процедурах прийняття і внесення змін до конституції народом, оскільки генетично пов'язана із ідеєю народного суверенітету і колективного представництва нації. Ця сукупність вимог є достатньо усталеною, щоб визнати її нормативною вимогою (якщо право не зводить до позитивізму і писаної форми). Вона має свої власні процедури, механізми здійснення і обмеження. Водночас установча влада все ж не стала повністю панівною вимогою легітимності, та і саме її розуміння еволюціонує (особливу увагу привертає постсуверенна теорія установчої влади). Окремі вчені установчу владу сьогодні зводять до формального акта прийняття конституції будь-ким, в тому числі і монархом, проте цей підхід не може бути підтриманий, оскільки він суперечить самій ідеї установчої влади і є внутрішньо суперечливим. Монархічна легітимація сьогодні майже повністю втратила свій легітимаційний ефект.

19. Існує широка палітра легітимаційних факторів, які можуть доповнювати легітимацію за допомогою установчої влади. Раціоналізована легітимація у формі теорії установчої влади, незважаючи на всі свої переваги і очевидну тенденцію до домінування, не означає, що інші форми легітимації, що забезпечують принцип ефективності, не можуть бути застосовані. Такими формами є тимчасові конституції, конституції, ухвалені під міжнародним тиском тощо. В певних унікальних випадках можлива демократична постлегітимація конституції, яка із самого початку ґрунтувалася або на монархічній легітимації, або на принципі ефективності. Проте навряд чи такі країни можуть вважатися такими, де існує конституція як акт установчої влади, принаймні в повноцінному розумінні. В рамках доктрини установчої влади принцип ефективності може бути тимчасово застосований із подальшою демократичною легітимацією, проте згодом має відбутися справжня установча легітимація (прийняття нової конституції замість тимчасової). Прикладом порушення демократичного принципу можна назвати тимчасові конституції, що згодом стають постійними. При цьому ідея розширення самої установчої влади до т.з. «ненародних» форм, а також розширення поняття установчої влади до всіх способів, які дозволяють ухвалити конституцію, що буде ефективно діяти, видається не зовсім вдалою, оскільки надмірно розширює саму установчу владу. Така ідея не є корисною і вона не повинна стати пануючим підходом.

РОЗДІЛ 2

ДОКТРИНА УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ

2.1. Сутність установчої влади та її класифікація

У вступі до цього дослідження ми вказували на неабиякий інтерес в сучасній науці конституційного права до установчої влади, підтвердженням чого є велика кількість монографічних праць [4; 26; 97; 98; 106; 172; 181; 290; 316; 318; 320; 329; 360; 393; 407; 431; 434]. Черговий зсув у конституціоналізмі тягне за собою підвищений інтерес до процесу створення конституцій, а не лише до їх змісту [108, р. XVII].

Отже, в попередньому розділі ми проілюстрували, що демократична легітимація конституції сьогодні будується на доктрині установчої влади. Проте сама установча влада виникла не на порожньому місці. Як вказує Е.Арато, наповнення установчої влади поняттям народу було пов'язане з чотирма поняттями, пов'язаними з сучасною епохою, а саме поняттями суспільного договору, суверенітету, розуміння народу як єдності цілого, а не частини населення та розподілу влади [26, р. 45]. Концептуалізація доктрини установчої влади завдячує своїй появі Французькій революції, що почалася у 1789 році.

Автором (творцем) теорії установчої влади вважається Е.-Ж. Сійєс [535, с. 458], який у 1789 р. першим вжив відповідний термін [796, с. 28, 29]. Сійєс обґрунтував доктрину установчої влади у своїй праці “Що таке третій стан?” [387], яка має належати нації. Згодом у 1791 році у Франції від імені усієї нації конституцію ухвалив представницький орган під назвою «Установчі збори».

Як вказує К. Льовенштайн, винахідливий дух Сійєса поширив догму Руссо на доктрину *pouvoir constituant*: влада по створенню конституції по праву належить народу [288, с. 137]. Дослідник Б. Бажко показав зв'язок між вченням Руссо про суспільний договір і установчою владою Сійєса [36, р.

101-102]. Водночас виникають і відмінності. Досить добре відмінність між суспільним договором і установчою владою показує К.Шмітт. Суспільний договір в жодному разі не тотожний конституції в позитивному сенсі, тобто конкретним політичним рішенням, які суб'єкт установчої влади приймає щодо типу і форми існування політичної єдності, а тим більше з конституційними положеннями, що ґрунтуються на цих рішеннях і на їх виконання [377, s. 61-62].

Проблема суспільного договору була в тому, що історичний суспільний договір – був вигаданим поняттям, проте ретроспективно набув певних якостей, які по суті зводилися до т.з. основних законів (переважно звичаєвого характеру). Проте повернення до нього (в порушенні якого звинувачували монарха, як в Британії, так і у Франції) не вирішувало проблеми, оскільки суспільна еволюція вимагала кардинально відмінних рішень і підходів. Англія вирішила цю проблему в ході Славетної революції, Франція намагалася вирішити її за допомогою проголошення Установчих зборів і ухвалення писаної конституції. Укладення нового суспільного договору (в розумінні Руссо чи якомусь іншому) було просто неможливим, практична доцільність вимагала інших, більш прикладних ідей і кроків. Цьому власне і послугувала ідея установчої влади. Вчення ж про суспільний договір зіграло свою роль як ідейний місток між старим режимом і новим порядком. Воно частково збереглося в якості легітимізації природних прав, проте в частині появи і легітимації конституції повністю поступилося ідеї установчої влади (через ряд практичних і теоретичних причин).

Отже, договірна (контрактна) теорія реалізації народного суверенітету і легітимації конституції поступилася теорії установчої влади. В минулому розділі був продемонстрований певний плюралізм легітимаційних способів, які сьогодні існують у конституційному праві, тому установча влада – це сьогодні скоріше правило, із якого можуть бути винятки.

Та все ж, як стверджується, протягом подальшої історії сучасної політичної та конституційної рефлексії здійснення установчої влади представлялося як умова *sine qua non* легітимної національної політичної системи [352, р. 278]. На думку К.Льовенштайна, доктрина установчої влади залишається основним обґрунтуванням конституційної функції [285, р. 214]. Як стверджує П. Габерле, сучасна демократична конституційна держава бачить себе і живе на основі установчої влади народу [213, s. 55]. На думку О.М. Бориславської, держави намагаються відповідати вимогам доктрини установчої влади через дві причини: 1) відданість конституційним традиціям; 2) потреба забезпечення легітимності конституції [484, с. 191-192]. Соціологічне значення установчої влади пов'язане з процесом функціональної диференціації, що лежить в основі формування сучасного суспільства [409, р. 361]. У рамках демократичної конституційної думки «установча влада» виражає переконання, що владою в кінцевому рахунку наділяється суб'єкт, відомим як «народ», який є основним джерелом усієї політичної влади. Відповідно, конституція вважається легітимною лише в тому випадку, якщо «народ» її створив і продовжує схвалювати [106, р. 1].

Отже, з'явившись в праці Е.-Ж. Сійеса, доктрина концепція установчої влади не втрачає своєї актуальності і сьогодні. Вона до сих пір хвилює науковців, політиків, громадян і їх об'єднання, спонукаючи до активних дій в державно-правій сфері. К.Шмітт писав про установчу владу як про абсолютно новий принцип., який незважаючи на великий вплив американської моделі, почався лише в 1789 році [377, s. 78]. Тобто, на думку К. Шмітта, саме французька концепція конституції як акта установчої влади і стала базовою для сучасних конституційних теорій.

Часто в літературі (англомовній, німецькомовній) замість національних термінів (*constituent power*, *verfassungsgebende gewalt*) вживається оригінальний термін французькою мовою, який вжив Е.Сійес – «*pouvoir*

constituant» [58; 256; 340]. Це можна пояснити тим впливом, який французи здійснили на цю концепцію, створивши відповідну термінологію. Водночас приписування всіх заслуг щодо «винайдення» установчої влади саме Сійєсу було би недостатньо коректним без розуміння загальної картини.

Вважається, що усі «публіцисти» 1789 року працювали на місцевості, яку Руссо глибоко розорав і яку також обробили Монтеск'є, Маблі та автори Конституції Сполучених Штатів [36, р. 99]. Витоки ідеї установчої влади знаходять у різних мислителів. Й.Ізензее пов'язує витоки ідеї влади народу створювати конституцію з Альтузіусом і початком 17 століття [226, s. 57]. На думку М.Лафліна, витоки установчої влади можна простежити до перегляду концепції суверенітету Бодена в сімнадцятому столітті [291, р. 77]. У М.Лафліна також дуже добре показана генеза, а також еволюція і первісні суперечності у концепції Сійєса [117, р. 153; 291, р. 78-80].

Розмірковуючи про зміну конституції, швейцарець Е. де Ваттель доходить висновку про те, що повноваження видавати закони належить до законодавчої влади, проте її повноваження не йдуть далі, влада органів законодавчої влади не поширюється на зміни основних законів і конституції. За задумом Ваттеля, джерелом власне законодавчої влади і є конституція [421]. Таким чином, у Ваттеля бачимо розмежування права приймати і змінювати конституцію, яке належить нації, і право законодавчої влади. І лише у певних чітко визначених випадках така зміна може бути їй доручена самою нацією.

Тобто у нього звучить ідея відокремлення законодавчої і якоїсь особливої влади щодо внесення змін до конституції (тобто напряду установчу владу він не згадує, але ідея саме така). Мислитель наголошував на зміні конституції, а не прийнятті нової, що є цілком логічним для поглядів того часу. Конституція розумілася як матеріальна історична конституція, яка існує в розрізаних джерелах і дуже давно, тому саме вона може лише змінюватися. Повноцінного ж вчення про прийняття конституції у формальному розумінні ще

не з'явилося. Тобто Ваттель може вважатися своєрідним ідеологічним на-тхненником установчої влади, погляди якого сприяли тому, що інші почали думати над розвитком його ідей.

Враховуючи вищенаведене, більш точною є думка Д.Ландау і Р.Діксон, що доктрина установчої влади є багатогранною, і її генеалогія не може бути легко пов'язана з будь-якою окремою традицією [147, р. 117]. Якщо ж взяти практичне втілення ідеї установчої влади, то тут теж думки різняться. Ми зустрічаємо підходи, за якими, наприклад, спроба втілення установчої влади була реалізована в Англії. Як стверджує Е.Арато, Сійєса лише популяризував сильний контраст між *constituant* і *constitu'e* [26, р. 32-33]. Чи можемо ми говорити про установчу владу в моделі британської матеріальної конституції? Так, на думку М. Лафліна, сьогодні, навіть у британській системі, установча влада – право укладати та змінювати конституційні контракти – належить «народу» [292, р. 223]. Водночас, на думку того ж М. Лафліна, хоча установча влада отримала свою першу чітку артикуляцію з вуст англійських політичних акторів, ця концепція була майже повністю викорінена з конституційного дискурсу сучасної Британії [407, р. 27]. Тобто вчений розрізняє власне сутність народної участі і саму доктрину *per se*.

На наш погляд, на сьогодні належність установчої влади народу в Британії виглядає спірним з огляну відсутності самої доктрини установчої влади, панування принципу верховенства парламенту (парламентського суверенітету), наявності системи загального права, великої ролі конституційних конвенцій, відсутності визнання за певними актами вищої юридичної сили через належність їх до конституції. Все це можна розглядати і як перевагу, і як недолік британської системи.

Тому те, що іноді називають установчою владою у Великій Британії, належить парламенту. У Великій Британії парламентський суверенітет включає багато з того, що робить ідея установчої влади. При цьому ідею парламент-

ського суверенітету критикують за недостатню демократичність і те, що установча влада не належить народу. Британський вчений А. Грін вважає, що «асиміляція парламентським суверенітетом установчих повноважень – вищого повноваження в правовому порядку створювати та проголошувати конституцію – звела нанівець розвиток британського конституційного права» [202].

Насправді більш дивним є не те, що в Англії не з'явилася ідея про установчу владу, а те, що країна, де виникла перша конституція у формальному розмінні – США, не створила спеціальної теорії установчої влади. Натомість ключові її елементи і ідейні орієнтири з'являються саме в США. Так само можна стверджувати про конкретну практику. Спробуємо це продемонструвати. Американець, що народився в Англії, Т.Пейн у памфлеті «Права людини» («Rights of man») у 1790 р. писав: «Конституція є явищем, яке передує урядові, а уряд є тільки творінням конституції. Конституція країни не є справою уряду, а справою людей, які створюють його. Це структура елементів, на які ви можете покликатися та цитувати статтю за статтею і яка вміщає принципи, на яких має будуватися уряд... Отже, конституція стоїть вище уряду...» [659, с. 51-52]. Ці тези, не оперуючи прямо терміном «установча влада», по суті характеризують розуміння саме установчої влади народу, що є вищою за встановлені влади (за Сійесом). Так, на думку М.Лафліна, Пейн тут посилається на відмінність між встановленою владою (наділеною урядом) і установчою владою (наділеною народом) і фіксує примат народу над урядом [292, р. 279]. Праця Пейна вийшла на рік пізніше есе Сійеса і ми не можемо не підкреслити співзвучність їх ідей. «Права людини» були написані вже після прийняття конституції США, яка не містила прямої вказівки на «установчу владу».

Є й думки, що прямо визнають першість США у появі установчої влади. На думку М. Гейна, саме в США виник концепт установчої влади народу: право ухвалити конституцію представницьким "конституційним конвентом"

[229, p. 230]. Ухвалення американської конституції як народження установчої влади народу кваліфікує Й.Ізензее [226, s. 57]. Схожі думки в контексті американських штатів бачимо у Г.Й. Боеля [59, s. 26], а також М.Лафліна [291, p. 78]. А. де Токвіль, описуючи події в Америці, зазначав, що перший федеральний уряд, сформований після проголошення незалежності, перебуваючи на грані загибелі, офіційно оголосив себе недієздатним і покликав на допомогу установчу владу (Конгрес зробив цю заяву 21 лютого 1787 року) [773, с. 104-105]. Водночас треба розуміти, що де Токвіль написав це постфактум, хоча по своїй суті скликана асамблея (Філадельфійський конвент) були певним прототипом Установчих зборів, якими себе проголосили згодом у 1789 р. Національні збори у Франції (які в свою чергу виникли зі скликаних Генеральних штатів).

Насправді ця суперечка щодо пріоритету у «винайденні» установчої влади є лише теоретичною, проте дозволяє поставити під сумнів її виключно французьке походження. В якості компромісу можна вказати, що американці створили саме явище, яке потім описали, концептуалізували і популяризували французи.

Треба визнати, що дійсно, у США цілісної ідеї установчої влади все одно не було. Окрім теорії народного суверенітету і представництва, по суті, більше жодного схожого теоретичного обґрунтування у США не бачимо. При цьому, як ми бачили у попередньому розділі, в історії США були наявні багато теоретичних і практичних передумов появи конституції: ідея договору, основного закону, прав людини, досвід колоністських актів; всі вони в комплексі вплинули на появу конституції (із переважаючою доктринальною основою у вигляді договору). Саме досвід США брали до уваги розробники французьких актів, передусім Декларації прав людини і громадянина (Лафайет). Г.Й. Боель вважає, що Кондорсе і Сійєс об'єднали ідеї та американ-

ську практику конституційного створення, розроблені за попередні півтора десятиліття під час Американської революції, у цілісну ідею [59, s. 24].

У збірнику есе, що передувало ратифікації конституції, – «Федералісти» [781], ми не знайдемо слів про установчу владу, немає її і у інших працях, а також самій Конституції США. При цьому сьогодні дослідженню концепту «We, the people» (ми, народ), яка міститься в преамбулі Конституції США, з позицій саме установчої влади, приділяється досить багато уваги саме в американській літературі [6; 7; 8; 407]. Чи не є це свідченням визнання доктрини установчої влади, принаймні постфактум?

Досить детально відмінності США і Франції аналізує Х.Арендт [28]. Причому вона визнає *ouvoir constituant* тих, хто виробляв конституції штатів і потім Конституцію Сполучених Штатів, хоча це скоріше ретроспективний опис минулих подій виходячи із сучасної доктрини установчої влади.

Насправді ключовим, як на нас, було те, що в США створення конституції співпало зі створенням держави, принаймні переходу від конфедеративної форми у федерацію. Практика потребувала більшого обґрунтування саме сильного уряду і федерації, а не самої конституції *per se*, яка лише оформлювала ці речі. Тобто питання ухвалення конституції було похідним від необхідності вирішення сутнісних питань майбутнього устрою США. Головне було лише зберегти логічний ланцюг, за яким саме народ створює сильний уряд. Причому уряд (англ. «government») традиційно розумівся широко, як держава.

Є й інша версія, що все ж таки наполягає на відсутності в США установчої влади на момент прийняття конституції. На думку Ж. Колон-Ріуса, те, що установча влада була проігнорована англо-американською конституційною теорією, є прикрою, але зрозумілою: якщо визнати її важливість, більшість конституційних режимів вважатимуться такими, що страждають від важливого дефіциту демократичної легітимності [99, p. 245]. Тим самим вчений на-

тякає на те, що не всі режими обрали в якості своєї легітимації доктрину установчої влади. Це дійсно так. Але те, що ніби поява Конституції США з точки зору легітимності має якийсь вагомий дефіцит з огляду на порушення засад установчої влади, – це досить дискусійна теза.

Разом із цим час від часу такі претензії звучать. В реальності, схоже на те, що не народ створив конституцію, а конституція створила народ. Це досить суттєва проблема самостворення, яку потрібно досить детально вивчати і розглядати. На думку А.Шайо і Р.Уітц, «установча влада» була практично невідома в американській теорії, хоча розробники були дуже стурбовані проблемами та легітимністю своєї праці (*E Pluribus Unum*). «Ми, народ» (як магічна єдність), здається, не існували до створення конституції [369, р. 56].

Як вказує Ф. Джейсон, «Ми, народ» з Конституції було такою штучною структурою, як і сама Конституція, це було її створіння, а не її творець [249, р. 103]. Це ж саме справедливо в якійсь мірі і щодо більш раннього документа – Декларації незалежності. Ж. Дерріда показав парадокс самозаснування в однойменному творі такими словами: «Залишається питання. Як утворюється чи засновується держава? А незалежність? І автономія, тобто самозаконність того, хто дає собі та підписує власний закон? Хто підписує всі ці дозволи підписувати?» [141].

Якщо дотримуватися цього підходу, то є народ, народжений конституцією (а не навпаки). В США, по великому рахунку, це було дійсно так, до прийняття конституції народу не існувало, оскільки не існувало самої держави. Представники штатів, що уособлював Філадельфійський конвент, створили і конституцію, і народ, і самі США як федерацію із сильним урядом.

Чи була якась кардинальна відмінність США в цьому плані від Європи і Франції? З одного боку, можна стверджувати, що у тій же Франції, на відміну від США, держава існувала, її засновувати не було потрібно. Тому, можливо, саме через це французькі теоретики дискутували більше про форму і повно-

важення щодо зміни вже існуючого устрою. З іншого боку, в аспекті створення (самозаснування) конституцією народу, то тут певною мірою досвід США і Франції схожий.

Більше того, Г. Фрнкенберг звертає увагу на особливу роль магії та обману, на те, як ідеологія, міф та символічний вимір вступають в гру [178, р. 10]. По суті, це питання про те, звідки береться народ і як він сам себе конститує. Луук ван Мідделаар про це писав так: «12 вересня 1787 року філадельфійський конвент представників привласнив собі голос народу... почавши преамбулу до конституції славетною формулою «Ми, народ Сполучених штатів...». Саме у цей момент народ створив державу, а держава створила народ» [631, с. 143].

Ця проблема виникає згодом не лише у США. На думку А.Шайо і Р.Уітц, логічним буде очікування, що установча влада мала б існувати до моменту створення. Проте, як це не парадоксально, фактичне існування установчої влади стає очевидним після успішного прийняття конституції; «установча» разом із «установленою» конституційними владою (владами) були винайдені як взаємозалежні поняття [369, р. 56].

За Габермасом самостійне законодавство нації, що має демократичну конституцію, бере початок із рішення якогось покоління засновників створити для себе таку конституцію; проте такий акт лише заднім числом дозволяє класифікувати його учасників у статусі державного народу [507, с. 201]. Натомість Е.Арато все ж вважає, що установча влада є творцем конституції, що передує її створенню [26, р. 32-33].

На наш погляд, можна сприйняти тезу (яка співзвучна ідеям Й.Ізензее) про те, що народ ніби і існує до конституції, проте побачити його ми можемо лише по факту реальної появи в форматі політичної влади в державі, найбільш яскравою ознакою існування якого є прийнята ним конституція.

Але чому такого роду теорія, що пояснювала цей процес (причому наголошуючи на створенні народом конституції) у вигляді установчої влади з'являється саме у Франції? С. Гантінгтон центральним елементом модернізації в Європі в цілому (в Англії і на континенті) називає суверенітет [509]. Революційні сили не задовольнялися заміною гнобителя іншим, натомість вони вирішили створити нову політичну систему, яка принципово відрізнялася від тієї, яку вони звинувачували у несправедливості. Конституція не могла виникнути від самого правителя, потрібне було інше джерело [325, р.101]. Можемо зробити логічний висновок про те, що в Англії таким суверенітетом наділили парламент, на континенті – націю (народ). В США з ідеєю суверенності (в англійському прояві як суверенітет парламенту) боролися, тому вона обговорювалася в контексті створення відмінного від Англії порядку і запобігання зловживання гілками влади (передусім, парламентом). А от Франція потребувала нового суверена заради модернізації і ним виявився народ (нація), який здійснює установчу владу.

За твердженням В. Мак-Ніла, французька революція виглядала дивовижно схожою на відновлення руху до централізації та консолідації, який був характерним для французької монархії у Середньовіччі. Але революціонери діяли в ім'я нового й цілковито абсолютного монарха – народу [634, с. 864]. Так, Г.-П.Шнайдер, пише, що лише після Французької революції було зроблено твердження, що «нація» є носієм суверенітету і, таким чином, водночас є джерелом установчої влади [226, s. 57].

Історія Франції після революції була досить буремною і її експеримент із установчої владою виявився в короткостроковій перспективі невдалим (з точки зору довговічності прийнятої конституції у 1791 році). Натомість, незважаючи на відсутність стабільності конституційного режиму, в цілому завдання модернізації при цьому все ж вдалося реалізувати, незважаючи на постійні державні трансформації. Модернізація і повалення станового поділу

вимагали виникнення суверенітету нації. Доктрина установчої влади була створена для задоволення потреб практики і з урахуванням особливостей, в яких опинилася Франція в момент скликання Генеральних штатів.

Таким чином, заради об'єктивності, треба вказати на характеристику установчої влади як доктрини, що має відповідне ідеологічне навантаження і причини появи. Як справедливо вказують А.Шайо і Р.Уітц, проблема визначення «установчої влади» — це лише корисний міф («великий інтелектуальний французький баласт») [369, р. 56]. Саме на міфологічну ідеологічну природу установчої влади ми вже вказували згадували в останньому підрозділі першого розділу цієї дисертації. Такий міф має свої причини появи і регулятивне (легітимаційне) значення. Причому саме оперування конструкцією «міфу» не означає, що ми маємо справу з чимось несерйозним, адже символічна реальність (за В.Речицьким) — це і є наш світ, у тому числі права і правових норм, віра в який (поряд, звичайно, і з суто раціональними аргументами) і є одним із найбільш сильних стимулів, які змушують людей його сприймати, дотримуватися і вимагати здійснення. В якійсь мірі цій ідеї слідує О.Ю. Водянніков [503, с. 24].

Причому такий міф виявився настільки вдалим, що поширився на практику безлічі країн. І навіть ті держави, що не оперували ним в процесі ухвалення своїх конституцій часто застосовують його постфактум, як пояснювальну теорію. Крім того, концепт «установча влада» міцно увійшов в арсенал компаративістських розвідок. Проте найбільш важливою нам видається думка про те, що для ідеї установчої влади у Сійеса була, по великому рахунку, одна важлива спонука — відмежувати конституцію від ідеї договору і виключити короля з конституційного процесу як сторони (учасника).

Ідея установчої влади була введена в конституційну теорію в кінці XVIII ст. з метою вирішити практичну проблему в практичній політиці — очевидні відступлення в реальній діяльності Установчих зборів Франції, а також на-

працьованих ними пропозицій від повноважень, з якими вони були створені. Таким чином, Установчі збори перестали бути обмежені існуючими правовими нормами [414]. Легітимність цієї раптової зміни полягала в здійсненні представниками суверенітету нації [36, р. 125]. Тобто із самого початку теорія установчої влади вирішувала певну юридичну проблему – зв'язаність наказами обраних представників. Важливою вимогою є пріоритетність установчої влади. Як відзначає П.Розанвалон, Сійес відрізняв установчу владу від установленної влади, яка, на його погляд, полягала у більш рутинному здійсненні колективного суверенітету обраними представниками. Цим безповоротно визнавалася зверхність установчої влади [714, с. 152].

Можливість діяти нації лише через своїх представників, – це найпомітніша особливість думки Сійеса та найбільш суперечлива [391, р. 149]. Як пише В.В. Старосольський, Сійес створив теорію, що треба відрізнити саму суверенність і її здійснення. Носій суверенності не мусить обов'язково здійснювати її сам [742, с. 57-58].

Вищенаведені думки, особливо Г.Петера-Шнайдера і М. Ташнета, видаються нам надзвичайно точними. Доктрина установчої влади мала не створити необмежену владу, як про це часто опишуть, а «забрати» суверенітет у короля. Тому суверенність установчої влади була спрямована проти короля, а не прав людини, вона генетично також означала обмеження влади (передусім, звичайно, малася увазі влада королівська). Те, що сама теорія стала в процесі свого існування обґрунтуванням розриву правового континуїтету із попереднім режимом і незв'язаності попереднім правом (у тому числі з точки зору процесуальних форм реалізації тощо), отримало два наслідки. З одного боку, це стало серйозною проблемою у людській історії у випадках зловживань при проведенні революцій або навіть узурпації влади, маніпулюючи легкою зміною або повною ліквідацією писаного тексту і намаганням почати все з нуля, так би мовити з чистого аркушу, розірвавши як процедурний, так і

матеріальний континуїтет. Тим самим могли страждати всі юридичні надбання, які фіксувалися у попередній конституції, їх доля повністю була в руках майбутнього конституцієдавця. З іншого боку, концептуально обґрунтування розриву континуїтету із попередньою конституцією дозволяло уникати обвинувачення у нелегітимності нового режиму, створювало умови для припинення хаосу і, за наявності достатньо прозорих і демократичних процедур, а також інших факторів легітимації, забезпечення ефективного функціонування нового ефективного порядку.

До речі, після появи ідеї установчої влади її намагалися каналізувати в своїх інтересах правлячі монархи. Цю ж думку опосередковано підтверджує В.М. Шаповал [796, с. 32]. Водночас «установча влада» монарха в такому вигляді довго не протрималася, оскільки вона була певним ерзацем і просто пролонгованою теорією договірної конституції, від якої теорія установчої влади прагнула відмовитися.

Ще один важливий наслідок ідеї Сійеса. Як вказується, пропала ностальгія за минулим, відновленням втраченого, а на його місці оптимізм щодо нового конституційного ладу, заснованого на розумі та корисності [391, р. 148]. В.Старосольський вважає, що вчення про установчу владу відповідає на питання про легітимність нового порядку у випадку розриву з попереднім шляхом еволюції і можливість «самозаснування». Вона вчить, що в істоті влади лежить правна можливість «установити» саму себе [742, с. 62]. Погоджуючись в цілому з цією думкою щодо самовстановлення, наголосимо, що класично все ж таки йшлося про саме право народу на таке «самовстановлення», а не самої державної влади.

Так чи інакше, в літературі ствердилася думка, що установча влада з самого початку була революційною концепцією [58, s. 12; 264, р. 658; 369]. Для Сійеса нація має доконституційний політичний повноваження для правотворчості. З часом цей поворот став конституційною тривіальністю [369, р. 57]. В

німецький мові установча влада звучить як «Die verfassunggebende Gewalt». Оскільки Gewalt передбачає використання сили, значення цього слова сягає ідеї насильства, тобто бунтівного, ба навіть революційного використання сили проти влади (Macht) [543, с. 199-200].

За Е.-В. Бокенфьорде, з точки зору конституційного права, установча влада постає, з одного боку, як концепція легітимності, яка обґрунтовує нормативну чинність конституції – за межами пояснення того, як вона виникла, – а з іншого боку, як конструктивна догматична концепція, що має на меті стабілізувати цю дійсність [58, с. 9]. Ця теза відкриває нам інший парадокс конституційної форми: коли установча влада водночас спрямована як на легітимацію порядку, який виник поза чинними нормами, так і на унормування подальшого здійснення конституційного процесу. Крім того, він безпосередньо впливає на питання класифікації установчої влади, який ми будемо далі розглядати в цьому підрозділі.

Разом з тим, треба пам'ятати, що у Франції після 1789 року, конституції, прийняті шляхом здійснення установчої влади, були недовговічними [121, р. 279]. Тобто для того, щоб закріпитися на конституційному полі ідеї установчої влади довелося проходити довгий і непростий шлях, проте з урахуванням обсягу дослідження ми не можемо продемонструвати всі деталі такого розвитку. В роботі «Routledge Handbook Of Comparative Constitutional Change» добре показано злети і падіння установчої влади [121, р. 279-382].

На думку О.М. Бориславської, лише «революційні конституції, що ухвалювалися конститuantами, втілювали концепцію установчої влади у її первісному значенні». Інші ж конституції приймалися або в умовах обмеженої установчої влади, або зверталися до установчої влади лише формально (повоєнна Німеччина, Боснія і Герцеговина та ін.) [483, с. 191-192]. Відродження дискусії про установчу владу відбулося відносно недавно [290, р. 10].

Як на нас, то умовно починаючи із третьої чверті ХХ ст. установча влада як доктрина стала знов поширюватися. Сьогодні, мабуть, ми бачимо певний її пік (або користуючись гірською аналогією – вихід на плато), принаймні на цьому історичному проміжку, і скоріше за все, цей пік (плато) ще не пройдений.

Для того, щоб глибше з'ясувати сутність установчої влади, у тому числі, щоб краще зрозуміти вже згаданий парадокс установчої влади (руйнування попереднього порядку і його стабілізація), ми маємо звернутися до питання про класифікацію установчої влади. Як ми вже з'ясували, завдання Сійеса при створенні ідеї установчої влади було обґрунтування прийняття конституції Франції поза її узгодженням із королем, тобто із порушенням існуючих на той час договірної природи основних законів. А як бути зі зміною ухваленної конституції? Сама конституція 1791 р. передбачила процедуру внесення до неї змін. Проте якоїсь теоретичної основи цього в установчій владі ми не мали. Сійес це питання оминав. Тож чи є внесення змін до конституції саме *pouvoir constitue*, або можливо це *pouvoir constituent*? Отже, закономірно виникає питання, чи є внесення змін до конституції теж установчою владою?

У К. Шмітта, який надав після Сійеса друге дихання ідеї установчої влади у 1928 році в своїй праці «Теорія конституції», зустрічаємо таку думку: «некоректно позначати повноваження вносити зміни до конституційних положень, які надані та врегульовані конституційним законодавством, тобто як установча влада або "*pouvoir constituent*". ... спроби ототожнити «*constituant pouvoir*» з цим конституційно врегульованим правом перегляду та позначити його як «формальне поняття» конституції чи *pouvoir constituent* є некоректними» [377, s. 98]. Тому за Шміттом органи, відповідальні за прийняття закону про внесення змін до Конституції, не стають носієм чи суб'єктом установчої влади. Їм також не довірено постійне здійснення цієї установчої влади,

тому вони не є прихованою, постійно діючою національною конституційною асамблеєю із суверенною диктатурою[377, s. 103].

Установча влада за Шміттом є в його розумінні суверенною диктатурою. У праці із однойменною назвою «Диктатура»[375]. К. Шмітт писав про установчу владу як про суверенну диктатуру, протиставляючи її комісарській. Характерною ознакою такої суверенної диктатури є її необмеженість. Тому суверенна диктатура є абсолютною і необмеженою. Як бачимо, місця внесення змін до писаного тексту конституції у цій теорії ми не знаходимо. Отже, Шмітт не визнавав установчою владою зміну конституції.

Слід розуміти, що Шмітт є прихильником дезиціоністської теорії установчої влади як рішення про тип і форму політичної єдності. Причому таке рішення втілюється в позитивному значенні конституції. Наголосимо, що таке значення акцентує увагу не на всьому тексті, а лише на основних його положеннях. Відповідно установча влада змінює лише ці основні положення. Решта положень не є питанням типу і форми політичної єдності, тому, за логікою Шмітта, не охоплюються питанням установчої влади.

Натомість все ж таки внесення змін до конституції (перегляд) було визнано установчою владою французьким вченим Р. Боннаром. Установча влада може бути організована конституцією саме для її перегляду: це так звана «установлена» («*institué*») установча влада. Установчу владу, що створює конституцію після появи нової держави або після революції, яка повалила діючу конституцію, називають «початковою(первісною, оригінарною)» «*originaire*» [61, р. 6-7]. Термінологічне розрізнення, запропоноване Боннаром у 1942 році, проникло у французьке конституційне право [46, р. 15-16]. Саме у Боннара розрізнення між первинною і похідною установчою владою бачить і О.Ю. Водяніков [502, с. 22].

Проте першість Боннара іноді ставиться під сумнів. Як зазначається, насправді, термінологічне протиставлення між «початковою» установчою вла-

дою та «інституційною» установчою владою (яка стане «похідною» лише пізніше) з'явилося задовго до Боннара. Це розмежування тоді часто називали протилежністю між власне установчою владою та правом перегляду конституції [272, р. 124].

Так чи інакше школа французьких конституціоналістів активно стала використовувати цю ідею. Так, наприклад, Ж.-П. Жакке розрізняє первісну і інституційну установчу владу [248]. Для встановленої установчої влади часто використовують термін «похідна» - *pouvoir constituant «dérivé»*) – на противагу первинній - *pouvoir constituant «originnaire»* (англ.: *original and derived*) [17; 272]. Відповідне розрізнення знаходимо також у М. Гунеля [196].

Традиційна відмінність між *pouvoir constituant originnaire* (первісним, первинним) і *pouvoir constituant dérivé* (похідним, вторинним) ґрунтується на ототожненні першого з владою, яка здійснюється в революційних обставинах, поза законами, а останнього – з владою, що здійснюється за правових обставин за правилами, встановленими конституцією. У конституційній практиці *pouvoir constituant dérivé* переважно реалізується шляхом внесення змін до конституції [256].

Та не лише французи оперують первинною і встановленою установчою владою. Сході думки знаходимо у Г.П. Шнайдера [226], К. Гьозлера [198] та багатьох інших. Теорія поділу установчої влади на оригінарну і похідну відіграла ключову роль для обґрунтуванні доктрини заміщення конституції в практиці КС Колумбії [55]. Натомість у Венесуелі посилення на первинну (оригінарну) установчу владу зіграло роль на користь можливості скликання Установчих зборів, навіть при наявності чинної процедури конституційної реформи, тобто всупереч існуючій процедурі. На сьогодні оригінарна установча влада прямо згадана у конституції Венесуели. Таким чином, в доктринальному плані цей поділ часто має юридичне значення. А от в Україні в

юриспруденції КСУ цей поділ напряду не використовується, про що ми будемо детально говорити в четвертому розділі.

Разом із тим поділ установчої влади, закладений Р. Боннаром, не позбавлений критиків. О. Водянніков справедливо зауважує те, що парадокс полягає в тому, що немає чіткої межі між первинною і похідною установчою владою [502, с. 24]. Цей поділ Я.Рознаї пропонує доповнити. Згідно з його теорією спектру, конституційні системи є поліморфними: чим більше схожі демократичні характеристики повноважень щодо внесення поправок до властивостей первинної установчої влади, тим менше вона повинна бути обмежена; і навпаки: чим ближче вона до законодавчої влади, тим більше вона повинна бути пов'язана обмеженнями [403, р. 23]. В цьому ключі важливою є теорія незмінюваності, яка утворює щось середнє між похідною установчою владою і чистою установчою (первинною) владою. Це дає змогу побудувати теорію обмеженого (явно чи неявно) обсягу вторинних установчих повноважень [375, р. 5]. Це питання ми будемо ще додатково піднімати в аспекті теорії обмеження установчої влади, а також незмінюваних положень конституції.

Схожу думку бачимо у О. Водяннікова, який правильно показує ту складну межу, яка може існувати між первинною і вторинною установчою владою і складність в певних випадках відрізнити їх [502; 504, с. 21]. Отже, як на нас, необхідно вибудовувати більш складні критерії для цього поділу.

Та крім доповнень існують багато теорій і поглядів, де інституційна установча влада не виділяється. Можливий варіант, коли установча влада взагалі не поділяється на види. Ще один підхід передбачає охоплення змін до конституції поняттями встановленої влади (тобто не установчої, а, переважно, – законодавчої), або виокремлення поряд з установчою особливої змінюючої влади («amending power» – англ., або «die verfassungsändernde Gewalt» – нім.) чи чогось аналогічного.

К. Фрідріх розмежовував установчу владу як революційний концепт і окремо виділяв *amending power* [180]. К.Клейн, проаналізувавши різні підходи у французькій науці з поділом на оригінарну і інституційну установчу владу, а також німецьких і швейцарських вчених, пропонує *amending power theory* (теорію внесення змін) [259, р. 214]. Проте детальної розробки самої теорії і чим вона має відрізнятися від тієї ж інституційної установчої влади, вчений не наводить. Ця теорія не має якихось особливостей і є радше термінологічним аналогом інституційної установчої влади.

Так само, наприклад, П.Бадур, вважає, що конституційно впорядковане повноваження щодо внесення змін до конституційного закону називається «владою внесення змін» (*verfassungsändernde Gewalt/amending power*). Причому останнє відмежовується від установчої влади [225, s. 65-66].

Дослідниця конституційної ідентичності М. Ползін протиставляє установчу і встановлену владу, що змінює конституцію (*verfasste verfassungsändernde Gewalt*). Таким чином, вчена теж не розглядає останню саме як установчу владу [334, s. 87]. Виокремлення такої ж влади, що змінює конституцію, знаходимо у Й. Натус [313].

Авторитетний німецький дослідник установчої влади Е.-В. Бокенфьорде вказує, що внесення змін до конституції – це *pouvoir constitue*, а не *pouvoir constituant*. Остання виражається лише в ухваленні нової конституції [58, s. 23]. Натомість *pouvoirs constitués* (встановлена, конституційована або уповноважена влада) стосується зміни конституції і заведена в певні процедури [58, s. 18-22].

У Бразилії Вищий судовий трибунал (STF), який перевіряє зміни до конституції на відповідність до т.з. кам'яної клаузули (про що детальніше – у третьому розділі) називає владу щодо внесення змін до конституції реформаторською (ревізійною) – «*poter reformador*» на протигагу установчій владі «*poter constituinte*», яку ще називають оригінарною, первинною ("*originário*").

У бразильській літературі можна знайти таку класифікацію. В рамках класичного погляду установчу владу розділяють на два типи: 1) Первісна установча влада (також називається початковою, інавгураційною, владою першого ступеня). Початкова установча влада — це та, яка дає початок новій конституції. 2) Похідна установча влада (також називається вторинною, владою другого ступеня), які також поділяється на: а) похідну реформаційну установчу владу, яка є тією, яка призводить до зміни/реформи вже існуючої Конституції, що проявляється через конституційні поправки; б) похідну ревізійну установчу владу; с) супутню похідну установчу владу, яка дає початок створенню конституцій штатів [144].

В німецькій науці існує ще один термін – «Verfassungsablosung» і «verfassungsablosenden Gewalt», тобто скасування конституції і влада, що скасовує конституцію. Це окреме поняття, що характеризує положення ст. 146 Основного Закону ФРН, яка дозволяє німецькому народу прийняти нову конституцію [159].

В цьому криється ще одна окрема проблема – як називати владу, яка приймає нову конституцію в рамках процедурного континуїтету? Первинною вона не є, оскільки для неї не характерний розрив із попереднім порядком, а інституційною її також складно назвати, оскільки повний перегляд суттєво відрізняється від ординарних змін.

Насправді не дарма інституційну установчу владу Р. Боннара, іноді відносять до встановленої влади, тобто взагалі не до установчої влади. Це досить показово в тому плані, що установчу владу ототожнюють із чимось необмеженим. За цією логікою все, що може бути обмежене – в установчу владу потрапити не може. Натомість наш підхід полягає в тому, що насправді і оригінарна (первинна) установча влада теж є обмеженою, що ми спробуємо показати в третьому розділі, а теза про її необмеженість є міфом.

Таким чином, первинна і похідна установча влада цілком можуть співіснувати і, отже, виокремлюватися. При цьому розгляд первинної установчої влади як необмеженої потрібно відкоригувати і залишити їй лише окремі можливості розриву процедурного і матеріального континуїтету. Це власне частково (в аспекті матеріального континуїтету) робить постсуверенна концепція установчої влади, яку ми ще будемо аналізувати далі.

Треба також розуміти, що в сучасному світі випадки реалізації первинної установчої влади зменшуються. Досить показова також позиція О.Ю. Водяннікова, який вважає, що концепція первинної установчої влади відходить на другий план, звертаючи при цьому увагу на суперечність між первинною установчою владою і конституційною демократією [503, с. 24]. Як нам видається, концепція первинної установчої влади цілком може співіснувати із конституційною демократією. Для цього треба переосмислити саму установчу владу, про що ми будемо говорити у наступних підрозділах.

Ще одна проблема – як назвати владу, що обмежує первинну установчу владу? Більш детально про обмеження первинної установчої влади ми будемо говорити у третьому розділі. Проте одразу вкажемо, що перед її здійсненням часто приймаються акти, що обмежують таке здійснення процедурно і матеріально. На цьому, до речі, будується і теорія постсуверенної установчої влади. Що ж до відповіді власне на поставлене питання, то існує декілька варіантів. Так, Верховний Суд Аргентини виокремлює доустановчу владу (*poter preconstituyente*). В.М. Шаповал вказує на існування актів передконституційного значення [798, с. 39], в науці виокремлюються також тимчасові конституції, інші акти (пакти, закони, рішення референдуму), постулюється ідея надконституційності тощо. Ця проблематика вартує того, щоб її проаналізувати окремо і більш детально в аспекті обмеження установчої влади, чому буде присвячений третій розділ дисертації.

2.2. Суверенна теорія установчої влади та ризики зловживання нею

Суверенну теорію установчої влади, яку концептуалізував К. Шмітт, також називають дезиціоністською. Дезиціонізм – один із підходів до інтерпретації установчої влади (за М. Лафліном). Дезиціонізм базується на концепції права як волі, і особливо як вираз демократичного волевиявлення, водночас вона маргіналізує значення ліберальних конституціоналістських цінностей [117, р. 153].

Ця інтерпретація виходить до Сійеса, який вважав установчу владу волею нації, первинною по відношенню до т.з. встановлених влад. Дезиціонізм повністю відповідав теологічній картині світу з її божественним створенням. Тобто тут нічого дивного немає. Продовжувачем дезиціоністської інтерпретації установчої влади у ХХ ст. вважається саме К. Шмітт.

Водночас треба також мати на увазі, що користуючись аналізом Сієеса, Шмітт, тим не менш, виходить далеко за рамки, встановлені Сієесом [291, р. 83]. На думку Шмітта, установча влада — це політична воля, чия влада чи повноваження здатні прийняти конкретне загальне рішення про характер і форму власного політичного існування, тобто визначити існування політичної одиниці в цілому [377, s. 75-76]. Таким чином, Шмітт ставить в якості основи конституції волю, а не норму. По суті Шмітт перестворив установчу владу і його теорія стала на певний час домінуючою. Причому, як ми покажемо далі, для Шмітта ідея волі і незв'язаність попередніми нормами означає необмеженість установчої влади, передусім, матеріальними нормами.

Дезиціонізм Шмітта (установча влада – це суверенна диктатура) органічно поєднується із його ж теорією позитивного визначення конституції і установчої влади як рішення про зміст і форму політичної єдності. Цей дезиціоністський підхід (установча влада як воля) міцно вкорінився в науці. Т. Маунц, до прикладу, стверджує, що установча влада (*pouvoir constituant*) – це політична воля і правове повноваження ухвалювати принципові рішення про

політичне існування народу [301]. Е.-В. Бокенфьорде вважає, що установча влада – це (політична) влада і авторитет, які здатні створити, підтримати та скасувати конституцію в її нормативній претензії на чинність [58, s. 11]. На думку У. Пройса, створення конституції передбачає ідею влади та автора, чия сила волі є остаточною причиною державного устрою [341, p. 639]. За Г. Ліндалом установча влада – це, у найзагальнішому вигляді, здатність ухвалювати конституцію, тим самим створюючи новий правовий порядок, революційними засобами чи іншим чином [290, p. 141]. На думку А. Негрі, установча влада з точки зору юридичної теорії – це джерело створення конституційних норм, тобто повноваження створювати конституцію і, отже, диктувати основні норми, які організують повноваження держави [316, p. 2]. Як визначає в Енциклопедії Макса Планка з порівняльного конституційного права Т. Л. Кюрі, *pouvoir constituant* (установча влада) – це повноваження встановлювати конституційний лад нації [256].

Саме дезиціоністський, або ж іншими словами суверенний, погляд на установчу владу є найбільш поширеним. Разом з тим, така інтерпретація установчої влади зіштовхується із наступною проблемою: чи існують якісь обмеження, що поширюються на установчу владу? Якщо так, то суверенність і волюнтаризм установчої влади ставиться під сумнів. Так само постає питання щодо механізму і процедури формування відповідної волі і чи взагалі доречно описувати його в дезиціоністських термінах.

Крім того, як співвідноситься процес реалізації конституції із первинним текстом? Якщо допускається певний творчий підхід, неформальні зміни тексту, то суверенність установчої влади підривається. Адже окрім традиційних акторів, діяльність яких пов'язується із установчою владою (народ і його представники), останнім часом до них додалися також судді як загальної юрисдикції, так і (більшою мірою) судді, що здійснюють конституційний контроль. Цей аспект ми не можемо ігнорувати, особливо з огляду на праці та-

ких авторитетних вчених, як Е. Арато, який досить критично ставиться до концепції суверенної установчої влади і обґрунтовує т.з. постсуверенну теорію конституції. Існують також обмеження установчої влади у вигляді ідеї надконституційності. Більш детально цей аспект ми також розглянемо у наступному підрозділі.

Матеріальна і процедурна обмеженість при створенні писаного тексту і об'єктивні межі дії самих писаних положень конституції, вимога постійно відтворюваної легітимності, а також судове тлумачення становлять ключові аргументи для критики суверенної теорії установчої влади. Крім того, як ми продемонстрували в попередньому підрозділі, у того ж Сійеса мети винайти нічим необмежену сутність із самого початку не було, вся «необмеженість» носила прикладний процедурний характер – зняти існуючі обмеження на договірний характер конституції між королем і представницьким органом. Тому погляд на установчу владу як необмежену – більшою мірою заслуга К.Шмітта. Разом із цим суверенна інтерпретація в гіпертрофованому вигляді розвивалася й еволюціонувала, надавши формальний інструмент для вмілого маскуванню диктаторських рішень для недемократичних правителів.

Й.Ізенезеє вважає, що установча влада — це передусім не воля й рішення уявного суб'єкта (князя, народу, суспільства чи громадян), а робота й дія конкретних політичних сил та результати реальних соціальних конфліктів [226, s. 54].

Доктрина установчої влади не була позбавлена критики як в ході історії, так і активно критикується в сучасних дослідженнях. При цьому треба визнати, що вона, все ж, залишається домінуючою теорією легітимації конституції. В минулому підрозділі ми побачили, що вона в класичному вигляді сама по собі умовно є певним симбіозом вчень Сійеса, Шмітта, Боннара, Бокенфьорде та інших авторитетних (як правило, німецьких або французьких) вчених. Крім того, треба зауважити, що критика часто здійснюється на підставі пев-

них уявлень того чи іншого із названих авторів про установчу владу або ж безпосередньо того, як бачить установчу владу сам критик.

Як стверджує М.Лафлін, не повинно бути дивним, коли виявилось, що установча влада залишається спірною концепцією. Вона, очевидно, виражає демократичне прагнення, але вона залишається прагненням невизначеної інституційної форми [117, р. 152]. Хоча за останні кілька років література про установчу владу зросла в геометричній прогресії, теоретикам конституції ще належить до кінця дослідити юридичну природу цього поняття [97, р. 301]. Значний плюралізм думок щодо установчої влади також пов'язаний із тим, що, як зазначав В.М. Шаповал зазначав, що «теорія установчої влади конкретизує більш загальну теорію народного суверенітету і водночас є її своєрідною версією» [796, с. 28]. Дослідниця установчої влади Л. Рубінеллі цілком справедливо вводить проблематику установчої влади в більш широку рамку, більш широкий контекст народовладдя, і еволюцію поглядів на нього. Вона стверджує, що сьогодні установча влада використовується, щоб повернути голос народу у все більш складному глобалізованому світі [360, р. 226].

Саме з огляду на різні уявлення про народовладдя і демократію формуються різні підходи до установчої влади, у тому числі з точки зору її критики. Та все ж не лише питання теорії демократії впливають на плюралізм поглядів. Йдеться про різне уявлення про праворозуміння, легітимність, конституціоналізм тощо.

Одразу зазначимо, що найбільше критики установчої влади звучить з позиції її суверенності і дезиціонізму. Тобто йдеться про її розуміння як суверенної влади, рішення і волю певного суб'єкта. Одним із найбільш відомих представників постсуверенної теорії є Е.Арато. Саме тому як відповідь на цю критику наступний підрозділ ми присвятимо більш детально теорії постсуверенної установчої влади, яка сьогодні формується. Постсуверенну теорію

можна вважати критичною по відношенню до дезиціоністської теорії, але не до установчої влади в цілому.

Розглянемо відповідні підходи, що передбачають критику теорії установчої влади. Як вказує М.Лафлін, позиція відкидання концепції установчої влади як такої, що не має юридичного чи конституційного значення, не обмежується школою правового позитивізму. Зараз це імпліцитно просувається широким спектром сучасної нормативної правової теорії, заснованої на автономії – або внутрішньої моралі – права [117, р. 157]. Відомий американський вчений Р. Дворкін формує ліберально-нормативістську концепцію права як цілісності, яка не формується в форматі тексту конституції, а є більш складною моделлю і передбачає пошук прав і їх захист [153; 154; 155; 156]. Напряму він про установчу владу не писав, проте його погляди в результаті реконструкції можуть бути підставою для її критики. Д.Диженгауз формулює на базі вчень Дворкіна і Фуллера «нормативну правову теорію», для якої питання про установу владу не виникає, оскільки він відшукує легітимність конституції через зміст права, а не зовнішню по відношенню до неї силу. По суті, йдеться про оновлений позитивізм. Внаслідок цього установча влада критикується через неправильну легітимацію, оскільки підстава перебуває поза правом, а правильна легітимація має відбуватися через зміст [158, р. 233].

Досить авторитетнішим критиком концепції установчої влади був французький конституціоналіст М. Оріу. На його думку, «...створювати чи переглядати конституції повинна звичайна урядова влада. На неї можна лише покласти обов'язок дотримання особливих формальностей для надання урочистості конституційним законам» [227]. У вченого відчувається явна неприязнь до теорії делегування, в якій вчений вбачав ключову проблему. По суті, якщо намагатися розвинути занепокоєння М.Оріу, то йдеться про поширену сьогодні ідею небезпеки існування народу у двох іпостасях: народ-засновник і йо-

го представники – це один і той самий народ. І внаслідок цього фікція представництва дозволяє будь-якому представництву і уряду бути революційним, тобто діяти від імені народу напряму, як прямий представник, без будь-яких обмежень (адже народ є носієм абсолютної влади, здійснення якої просто делегує представникам).

Британець А. Ліндсей, який захистив дисертацію, присвячену установчій владі в університеті Нотінгема, вважає, що установча влада – це не влада, а політична вимога [281, р. 276]. Вчений пропонує відв'язати установчу владу від народного суверенітету.

Ще одним вченим, який заперечує установчу владу, є С. Вердуго. Його позиція полягає в тому, що аналітичні інструменти, які використовує теорія установчої влади, не можуть пояснити, як розгортаються конституційні процеси, а також у нього є сумніви щодо її демократичного характеру. На думку С. Вердуго, консенсусні підходи до демократії та перспективи, які наголошують на конкурентній природі демократії або підходять до неї через мову політичних прав чи рівності, можуть створити сприятливий і реальний ґрунт для пропозиції альтернативи теорії установчої влади [424]. Сьогодні стає все більше прихильників такої ідеї [50]. Фактично у С. Вердуго бачимо прямий натяк на ідею постсуверенної установчої влади, до якої ми звернемося у наступному підрозділі.

Г. Лопез Бофілл критикує установчу владу і конституціоналізм в більш широкому історичному контексті через те, що вони насправді були пов'язані із насильством, війнами і виникли в розділених суспільствах [290, р. 215]. У М. Розенфельда ми також знаходимо думку про те, що потураючи рабству, Конституція США 1787 року загрузла в кричущому протиріччі як щодо своїх власних історичних та ідеологічних передумов, так і щодо фундаментальних приписів конституціоналізму [351, р. 49-50]. Отже, критика самої установчої влади можлива через критичне ставлення до самого суб'єкта установчої вла-

ди – народу, а також спосіб здійснення його влади і тих принципів, які проголошувалися на перших етапах розвитку конституцій.

А.Асман звертає увагу на те, що ідея нації наскрізь амбівалентна, оскільки приховує в собі як великі можливості, так і велику небезпеку: вона має магічну силу об'єднувати людей, але ж вони також несе ризик насильства, яке стигматизує або знищує людей [35].

Ця критика спирається на очевидні історичні факти, які сьогодні варті переоцінки, проте народ у США все ж виникнув саме таким чином. Як писав Габермас, з нормативного погляду, соціальні межі асоціації вільних і рівних носіїв прав є випадковими [507, с. 169-170].

Зрозуміло, що всі ці історичні обставини, за умови їх актуальності, можуть зіграти свою роль у сьогоднішні і вплинути на делегітимацію конституції або ж спричинити інші проблеми її ефективності (як приклад, можна назвати фактор руху ВЛМ в США, який апелює до рабства і расової дискримінації, що існували при створенні США і ухваленні її конституції). Цей фактор не варто недооцінювати, проте в актуальному часі скоріше йдеться про роль чинної конституції у вирішенні таких конфліктів.

Крім того, навіть якщо сприйняти критику і вважати реалізацію установчої влади на той час дефектною, існує динамічна легітимація через різні фактори, які історично змогли подолати несправедливість (у США – внесення поправки про заборону рабства). Згадаємо також і теорію ре-конституції Ж. Колон-Ріоса.

Тому якщо реалізація установчої влади здійснювалася в певних історичних умовах, які зараз еволюціонували і вже не вважаються прийнятною практикою, судити всі плоди історії як однозначно дефектні – занадто амбітне завдання. Напевне, варто засвоїти історичні уроки, взяти все позитивне і намагатися в майбутньому враховувати недоліки, в тому числі за рахунок переосмислення установчої влади в іншому ключі. Змінити концепцію, проте не

ліквідувати існуючу модель в один момент і не делегітимізувати її через те, що відбулося переосмислення подій 200-річної і більше давнини.

Якщо конституція змогла виконувати свою регулятивну роль, розвивалася судовою практикою і формальними поправками, то навряд чи критика такого роду має бути настільки радикальною, аж до заперечення конструкції «народ», «установча влада» тощо.

Ще одна підстава для критики установчої влади – це її міфологічна природа. Так, на думку С. Рабіновича, поняття установчої влади належить до міфологічних компонентів в доктрині конституційного права [346, р. 147; 683]. Критика з позицій неприйняття адекватності установчої влади як міфу вже наводилася в контексті досвіду ФРН. Насправді це не є секретом, що установча влада була доволі міфічною концепцією, що перенесла звичні теологічні уявлення про владу і право на секуляризований ґрунт.

Цю проблему піднімає Й.Ізензее, який вважає, що те, що залишилося від міфу про установчу владу, є ознакою для конституційної держави того, що вона ніколи не зможе бути остаточно впевненою в основі, на якій вона побудована [238, s. 105]. За Ізензее можна обійтися без доктрини установчої влади народу як квазірелігійного основоположного міфу конституційної держави, якщо не забувати, що кожне конституційне створення є актом правотворчості, до якого вже через те, що створюється майбутнє конституційне право, мають бути висунуті певні нормативні (і не лише політичні) вимоги [226, s. 61].

В цьому ж ключі, але більш радикально, висловлюється і Ф. Мюллер. На його думку, установча влада народу – це функціональна концепція тих, хто править для власного панування [310, s. 18]. Установча влада не вписується в традиційне розуміння влади і скоріше є якоюсь міфічною і тому не може «дати» владу іншим гілкам [310, s. 48-53].

Списувати народ як суб'єкта через його «міфічність» мабуть не варто. При всьому критичному відношенні до міфу ми не маємо забувати і про його конструктивну роль і важливість в символічній суспільній системі. Намагання побудувати все життя виключно на раціоналістичному утилітарному підході є само по собі утопією і в якійсь мірі теж міфом, від якого раціоналісти прагнуть відійти. Але це неможливо.

Більш важливою підставою для критики, яка певним чином пов'язана із попередніми зауваженнями, як на нас, є постійна небезпека революцій, адже дезиціоністська інтерпретація установчої влади здатна виправдати будь-яке революційне конституційне створення без огляду на правові норми.

Отже, критика пов'язана із негативними наслідками революції, яка іманентно притаманна установчій владі. Так, на думку В. Генке, через небезпеку ідеологічного використання, було б краще, щоб про установчу владу народу забули [230, s. 280].

Революційна реалізація установчої влади і революційна конституція прийнята із розривом континуїтету, які б пояснення не надавалися, завжди була пов'язані із проблемою парадоксу установчої форми (парадокс самозаснування). Цей парадокс якраз і можна описати в проблемі розриву континуїтету, коли незрозуміло, звідки ж беруться юридичні повноваження щодо прийняття конституції, якщо попередній порядок відсутній або порушено. Проблемі парадоксу установчої влади і конституційної форми присвячена колективна монографія під редакцією М. Лафліна і Н. Волкера [407].

Отже, головна проблема – іманентна революційність концепту установчої влади, те, що політична влада ґрунтується на винятку. М. Лафлін так пояснює цей аспект так: «Революційна риторика просякнута благородною риторикою «народу» чи «нації» як гордих носіїв остаточного суверенітету. Але паралельно з цим постає образ народу як некерованої сили, що розкриває дикий світ, у якому панують ірраціональні пристрасті» [293, p. 111].

Ідея революційної установчої влади якраз і покликана певною мірою вирішити цю проблему, у тому числі шляхом алюзії на теологічне пояснення і можливе виникнення «з нічого» (*ex nihilo*). Та все ж цьому питанню потрібно приділити більше уваги. Це предмет широких дискусій, до яких потрібно звернутися.

Влада, якою володіє народ, здавалося б, може здійснюватися лише через конституційні форми, які вже створені або знаходяться в процесі створення [407, р. 1]. Суб'єкт, здатний надавати такі повноваження, — це штучна сутність, а не просто випадкова сукупність осіб. Отже, він сам по собі повинен бути ідентифікований в юридичній формі [158, р. 234]. Парадокс установчої влади – колективна влада народу передує представницькій політиці, але без неї залишається невираженою. Політика не може бути легітимною без голосу народу, але щойно вона опосередковується, виникає питання легітимності [181, р. 1]. Коротше, парадокс говорить, що і установча, і конституційована (встановлена) влада залежать одна від одної. Конституційний лад залежить від конституції і, отже, вимагає законності конституційного акта – акта установчої влади. Однак цей акт, обов'язково до конституційного ладу, не може претендувати на легітимність у тому порядку, який він засновує. Отже, конституційний порядок спирається на акт, який не є конституційним: акт про заснування виходить за межі заснованого порядку [122, р. 17]. Тільки заднім числом, лише тоді, коли цей акт буде прийнятий і слідуватиме іншим актам, які визнають його основою нового правового порядку, він справді буде вважатися установчим (тобто конституційним) актом народу [122, р. 18].

П.Розанвалон в контексті відповідного парадоксу обґрунтовує логічний аспект демократичного імперативу рефлексивності. Він походить від неможливості радикального самозаснування демократії. З суто формального погляду, неможливість самозаснування полягає в тому, що ми не можемо перегля-

дати якусь норму за правилами процедури, які вона сама визначає [714, с. 164].

Х.Арендт пише про порочне коло Сієса: ті, хто збираються разом, щоб заснувати конституційне правління, самі не мають конституції [28]. Крім того, проблема парадоксу самозаснування – постійний ризик повторення революційного моменту. При цьому будучи заснованою з розривом континуїтету нова конституція намагається зафіксувати принцип стабільності і запобігти її поваленню.

Цю ж ідею знаходимо і у У.К.Пройса. Сама конституція є заключним актом революції, а створюючи конституцію, проте революційні сили вже копають власні могили [341, р. 640-641]. Ми в цьому контексті також звертали на подвійну роль права на опір, яке водночас використовується як обґрунтування формально неправомірних дій, які спрямовані на боротьбу із узурпацією, результатом чого буде падіння режиму, але також може захищати певний демократичний порядок від антидемократичних посягань [469].

Вирішення проблеми постійного ризику звернення до первинної установчої влади і самознищення – дуже складна проблема. Мова йде про критерії легітимності здійснення первинної установчої влади, закріплення широких можливостей застосування процедурного континуїтету, та ж постсуверенна теорія установчої влади, розвиток ідеї обмеженості первинної установчої влади. Проте повністю виключити, звичайно, цей ризик неможливо, особливо коли йдеться про авторитарні популістські режими, які використовують конституційні теорії у спотвореному вигляді заради досягнення власних цілей.

Установча влада експлуатує «народ» як джерело своєї легітимності і сама створює значний легітимаційний ефект. Проте треба визнати, що розвиненість цієї доктрини і обростання різними вимогами, процедурами, обмеженнями мають не лише «заспокійливий» ефект з позиції найбільш широкого її

сприйняття. Вимоги установчої влади – це конвенція, яку вважають корисною і яка допомагає створювати, змінювати і робити ефективними конституції. Це ніби інструкція із використання конституції, без якої в нинішньому світі просто неможливо обійтися. Тому установча влада має також значне функціональне значення. Крім того, народна легітимність, на якій базується установча влада – це реальні механізми. Так само як і вибори. Тому поки народовладдя як і конституція є дієвим, ефективним і корисним, воно буде жити. Віра ж в ефективність народовладдя, яку якраз міфом і визнають, є скоріше позитивом, оскільки без такої віри воно би просто не могло працювати. Легітимність неможлива без віри, а віра – без міфу. Саме це і є сутнісною ознакою людини – вірити в абстрактні сутності і це вміння і принесло людству весь нинішній прогрес (але треба чесно визнати, що водночас із нею і пов'язані його біди).

Зазначимо, що революційне прочитання установчої влади як наслідок її дезиціонізму є одним із центральних зауважень, про яке ми частково вже вказали. Установчу владу протиставляють конституціоналізму за аналогією протиставлення революції і еволюції.

Одним із критиків установчої влади на цій підставі є Л. Коррієс. Він обґрунтовує свою позицію лінією думки, що здебільшого була розроблена в Німеччині та Великобританії, де право розглядається в еволюційній, а не революційній перспективі [123, р. 37]. Л. Коррієс демонструє свою критику на прикладі популізму, висувуючи гіпотезу, що популізм містить (в основному неявну) конституційну теорію, яка складається з трьох окремих, хоча і взаємопов'язаних тверджень. Перше твердження стосується природи установчої влади, друге – сфери народного суверенітету, а третє – того, що передбачає конституційна ідентичність [122, р. 8].

По суті Л. Коррієс протиставляє конституціоналізм і установчу владу. Вчений ототожнює установчу владу саме з революційним її прочитанням. Л.

Коррієс розуміє установчу владу в термінах революційної влади, що є популістською (принаймні допускає саме популістське прочитання). Тому не варто недооцінювати загрози, які випливають із популістського прочитання установчої влади. На цю проблему також звертає увагу О. Дойл [150, р. 161].

Одна з проблем, чому так відбувається лежить в площині неточності самої установчої влади. М. Ташнет виокремлює принаймні дві загальні концепції поняття установчої влади. Це може бути «просте» поняття, створене для вирішення певної концептуальної проблеми в теорії створення і прийняття конституцій, або ж поняття, що відсилає до реальної групи людей [414].

Водночас, мабуть, популістське прочитання установчої влади не варто ототожнювати із самою доктриною. Багато проблем дійсно пов'язано із суб'єктивністю народу як такою, що стимулює популізм через об'єктивні причини.

Проблематика політичного популізму поступово виходить на перший план в сучасних конституційно-правових дослідженнях на Заході. Останніми роками виникає дуже багато досліджень популізму, неліберальної демократії і викликів, які з'являються для судової влади при інтерпретації конституції у зв'язку із популізмом [23; 27; 38; 119; 124; 125; 241; 243; 335; 336; 337; 338; 353; 363; 368; 396; 415; 436].

Пояснюється це певним розворотом, який став несподіваним після домінування протягом досить тривалого часу концепції «кінця історії» Ф. Фукуяма. Перемога лібералізму, яку проголошував Фукуяма абсолютно справедливо, є радше перемогою моральною й віртуальною, ніж реальною. Він надто применшував роль заповільненості й регресій в історії [686, р. 31]. Наразі цілком зрозуміло, що прихильники ліберального конституціоналізму як сукупності нормативних цінностей стикаються з новим і несподіваним набором викликів [191, р. 255]. А.Шайо і Р.Уітц вказують, що втрати через глобалізацію викликали розчарування, що призвело до гніву (який, як не дивно, став

поважним почуттям в руках популістів) [369, р. 470]. Тобто один із факторів появи популізму – проблеми, викликані глобалізацією.

Т.з. неліберальна демократія – це досить широка концепція, яка також може бути охарактеризована як популізм. Ми вважаємо, що авторитаризм, популізм і неліберальна демократія – це явища якщо не тотожні, то дуже схожі між собою. Сам термін «неліберальна демократія» видається нам не досить вдалим. Сучасні популісти мають авторитаристські риси, демонструють заклики до боротьби з традиційними елітами, а також використовують конкретні конституційні концепції, що допомагають їм реалізовувати власні прагнення. Мета цього підрозділу, передусім, розглянути проблему популізму крізь призму небезпек, що він створює через маніпулюванням доктриною установчої влади. Якщо брати ширше, то популісти створили свою теорію конституції і конституціоналізму.

Д. Ландау і Р. Діксон розробляють власний концепт «зловживаючого конституціоналізму» [147; 267; 269], який теж може бути поставлений в один ряд із популізмом, і, умовно, вважатися його синонімом. Поширеним є теж дослідження конституціоналізму в екстремальних умовах [118; 369, р. 416-445], конституціоналізму «під ударом» [119], кризи конституційної демократії [116]. В таких дослідженнях може йтися як про питання надзвичайності (надзвичайного стану) і можливостей зловживання ним (а також відповідних гарантій, що можуть забезпечити від такого розвитку подій), так і про популістські і антидемократичні сили в чистому вигляді.

С. Гурієв і Д.Трейсман оперують термінами «інформаційний авторитаризм» або «спін-диктатура». Справедливим є те, що під час криз спін-диктатори можуть вдаватися до репресій як до останнього заходу, в екстремальних ситуаціях, повертаючись до підходів старої школи [523, С. 32]. Ми би навіть сказали – звертатися до тоталітаризму, як це відбувається в ниніш-

ній Росії, в якій режим вже почав поступово скасовувати номінальні ознаки демократії.

Для початку ми маємо з'ясувати: що саме є популізмом і які його причини. Це поняття тлумачиться по-різному, існує широка палітра поглядів. Ми вже зверталися до цієї проблеми у своїй публікації із питань популізму [474]. Слідуючи позиції Л. Корріеса, популізм нами розглядається як конституційна теорія, що поєднує в собі конкретні прочитання установчої влади, народного суверенітету та конституційної ідентичності. Ми в цілому погоджуємося із такою інтерпретацією. Основну увагу ми приділимо у цьому підрозділі інтерпретації популістами установчої влади і народного суверенітету. Що стосується конституційної ідентичності, то її популістське прочитання ми розглядали в окремій праці [566].

Звернемося до народного суверенітету і установчої влади, як їх бачать популісти. При цьому ми робимо власну реконструкцію, а також використовуємо аналіз дослідників, які займаються відповідною проблематикою.

Популізм відкидає акцент на обмеженні політичної влади правовими нормами та підпорядкуванні влади вищим нормам, як у правовому конституціоналізмі, водночас він пропагує конституційний лад, який ставить народний суверенітет та установчу владу на перше місце [338, р. 161]. При цьому джерелом цього є досить поширена конституційна риторика і конституційна теорія, які підтримують популістське твердження про те, що унітарний і незмінний народ має іманентну, але постійну роль як конституційного актора, вищого за саму конституцію [150, р. 162].

Незважаючи на опір формальному обмеженню своєї влади представляти «справжню» народну волю, популістські режими все ж знаходять інструментальні та ідеологічні причини для підтримки власної версії конституціоналізму [430, р. 515]. Голос народу, нічим не обмежений, може виявитися небезпечним для демократії [495, с. 953]. Тому прихід до влади популістів створює

небезпеку для ліберальної демократії і для влади народу, обмеженої конституцією і індивідуальними правами.

Г. Галмаї вважає, що авторитарний тип популізму, який відкидає лібералізм як конститутивну передумову демократії, не може відповідати традиційній ідеї ліберально-демократичного конституціоналізму [224, р. 313]. Ми погоджуємося із цією критикою. Як вказує В. Ковальчук, популізм є антиподом конституціоналізму [561, с. 21].

Існує більш помірковане тлумачення, що популістський підхід до конституціоналізму не є цілком негативним (з точки зору критики істеблішменту та залучення виключно до антиполітики) [121, р. 297]. Багато хто з критиків роздутих наративів і методів популізму, тим не менш, поділяють деякі його основні занепокоєння [430, р. 515]. Все ж наявні чіткі ознаки того, що популізм загрожує усталеним уявленням про конституційну демократію і створює незаперечну загрозу інституційному статус-кво [121, р. 299].

До речі, популісти не лише маніпулюють прямими формами народовладдя, а й парламентською демократією і тим, що Г. Галмаї називає політичним конституціоналізмом (на протигагу народному конституціоналізму – *popular constitutionalism*). Головний аргумент популістів Центральної та Східної Європи на захист своїх конституційних проєктів ґрунтується на претензії на політичний конституціоналізм, який віддає перевагу парламентському правлінню та слабкому судовому контролю [224, р. 302]. Як ми вже зрозуміли, позиція вченого полягає в тому, що популізм у нинішніх популістів – несправжній, а лише спосіб приховати авторитарні наміри. Хай там як, наскільки щирі популісти і послідовні в своєму популізмі, і чи має право на існування якийсь «хороший популізм» – окреме і в якійсь мірі риторичне питання. Ми маємо справу із реальністю, а реальність така, що сьогодні популізм – це антиконституціоналізм.

Найголовніше, що популісти неявно стверджують, що існує абсолютний примат установчої влади над конституцією та правилами та повноваженнями, що походять від неї [122, р. 10]. На відміну від ліберального конституціоналізму, популісти стверджують не тільки, що влада створювати конституцію належить лише народу, тобто, що народ має монополію на оригінарну або первинну установчу владу; але також похідне або вторинне право вносити зміни до конституції, що для них означає, що повноваження народу вносити зміни до конституції є необмеженими [224, р. 306].

Корені популізму – в самій теорії установчої влади, за якою її суб'єктом є народ, вважає О.Дойл. Вчений пропонує досить оригінальну ідею. Щоб підірвати багато популістських аргументів, він вважає, що народ є лише одним із суб'єктів, які можуть здійснювати установчу владу. Крім того, конституції можуть існувати без будь-якого здійснення установчої влади. Той факт, що народ скористався установчою владою для створення конституції, не визначає, як конституція може бути змінена або хто може здійснювати установчу владу в майбутньому [150, р. 180].

На думку О.М. Бориславської, фактично необмежена установча влада давала карт-бланш на встановлення авторитарних режимів, якщо такою була «воля нації», якою вправно маніпулювали диктатори [484, р. 176]. Виникає проблема конституційного мажоритаризму (В. Парлет) [328].

Маніпуляція народним волевиявленням звична для т.з. неліберальних демократій. Дійсно, визначення суб'єкта установчої влади як народу або нації робить саму теорію дезиціоністською, до критики чого ми вже зверталися. Популісти використовують інтелектуальні надбання людства на свою користь. Напевне, є в цьому проблема самих теорій, але є й особиста відповідальність популістських лідерів і сил, які руйнують конституціоналізм своїми діями.

Прийшовши до влади за допомогою використання недоліків політичної системи, популісти прагнуть інституціоналізувати свою владу правовими засобами. Передусім, йдеться про прийняття конституцій або внесення до них змін, що вигідні популістам.

Використання установчої влади в цьому відношенні – це не сучасний винахід. Як писав К.Шмітт, практика наполеонівських плебісцитів ґрунтувалася на демократичному принципі установчої влади народу. Таким чином, порушення конституції можна було легко виправдати згодою народу [377, s. 92].

Власне ґрунтовне дослідження зловживання установчою владою провели Р.Діксон і Д.Ландау. Вони продемонстрували, як доктрини та концепції, пов'язані з установчою владою, можна легко повернути до антидемократичних цілей [147, p. 116]. Розгляд установчої влади як необмеженої мав особливий вплив у латиноамериканських конституційних процесах, де на нього часто посилаються як на виправдання установчим зборам ігнорувати обмеження, накладені на них [169, p. 1103].

Напруга між доктриною установчої влади та ліберально-демократичним конституціоналізмом глибока і, можливо, неминуча. Теорія установчої влади передбачає можливість необмеженої народної волі, що працює поза рамками звичайних ліберальних демократичних інститутів, щоб відновити ці інститути [147, p. 118]. Тут ми би зробили застереження, що необмеженість установчої влади – це міф. Проте оскільки про це пишуть навіть солідні вчені, то дивуватися втіленню такої ідеї необмеженості на практиці тоді мабуть не варто.

Доктрина установчої влади дійсно відстоює перевагу політики над правом. Однак не всі теорії установчої влади є популістськими. Популізм керуючись революційним тлумаченням цієї теорії відкидає обмеження, що впливають із встановленого порядку [122, p. 14].

Варто погодитися із тим, що установча влада, з огляду на її демократичний родовід, не може бути використана для виправдання переходу від демократії до автократії. Її не можна використовувати для вигнання тих, хто свого часу був включений з конституційно-демократичного простору без їхньої активної згоди [305, р. 164].

Проблема популізму чудово може бути проілюстрована через інші приклади, пов'язані із рухом до авторитаризму за допомогою маніпулювання народним волевиявленням із конституційних питань. К.Л. Шеппеле називає таку ситуацію неконституційною установчою владою і критикує конституційний процес, який відбувався в Угорщині [373]. Кейс Угорщини і інші приклади ми наводили у своїй публікації [474]. Поза європейським континентом яскравим прикладом звернення популістським урядом до установчої влади є Венесуела.

Після приходу до влади у Венесуелі Уго Чавеса у 1998 році він організував Конституційну асамблею, яка запровадила однопалатні національні збори і передала президентові широкі повноваження [446, с. 405]. Як зазначає Д. Ландау, Конституція Венесуели 1961 року мала механізм "загальної реформи", а також "поправки", але ці процедури вимагали участі Конгресу, яку Чавес прагнув обійти участь парламенту за допомогою проведення референдуму щодо того, чи варто скликати установчі збори (механізм, який не був визначений у тексті конституції 1961 р). Верховний Суд дозволив це і посилався саме на доктрину установчої влади: "народ" може переробити свою конституцію за допомогою позатекстуального спеціального конституційного механізму, такого як референдум та установчі збори [268, р. 163-164].

Верховний суд у рішенні від 19 січня 1999 р. визначив: «...якби вважалося, що право на конституційний референдум залежить від внесення змін до чинної Конституції, воно підлягало б волі встановленої влади, яка була б вище суверенної влади. Відсутність такого права у Carta Fundamental має трак-

туватися як прогалина в Конституції, оскільки не можна визнати, що суверенна влада відмовилася *ab initio* у здійсненні влади, що є результатом її власного політичного рішення» [382].

В Указі № 3 Президента Республіки від 02 лютого 1999 р. зазначалося, що: "b) Верховний суд у своїх рішеннях від 19 січня 1999 р. встановив, що для внесення змін, яких вимагає країна, установча влада, як первісна і суверенна влада, може в будь-який час, модифікувати та трансформувати конституційний лад відповідно до принципу народного суверенітету, закріпленого у статті 4 Основної хартії».

Саме Верховний суд у Політично-адміністративній палаті подолав вимогу щодо можливої попередньої конституційної реформи, яка дозволила б скликати Установчі збори. Рішенням від 19 січня Верховний суд надав конституційності та легітимності референдуму як вираження основного, хоч і непоіменованого права, санкціонуючи таким чином скликання Установчих зборів [29].

Національна виборча рада призначила на 25 квітня 1999 року референдум для прийняття рішення про скликання національних установчих зборів відповідно до Указу № 3 від 2 лютого 1999 року, виданого Президентом Республіки. Були затверджені такі питання, на які виборці повинні були відповісти, позитивно чи негативно: 1. Чи скликаєте ви Національні установчі збори з метою трансформації держави та створення нової правової системи, яка уможливить ефективне функціонування соціальної та партиципаторної демократії? 2. Чи уповноважуєте ви Президента Республіки за допомогою Урядового Акту, заслухавши думку політичного, соціального та економічного секторів, встановити основи виборчого процесу, в якому будуть обрані члени Національних установчих зборів? [77]

До речі, відповідна ситуація чимось нагадує українську, оскільки в тексті Конституції України також немає спеціальної процедури ухвалення нової

конституції ані на референдумі, ані установчими зборами, натомість пропозиції ухвалити нову конституцію поза відповідною процедурою, спираючись виключно на ст. 5 Конституції, лунають постійно. Більше того, це прямо передбачалося визнаним неконституційним ЗУ «Про всеукраїнський референдум» від 06.11.2012 № 5475-VI.

Як вказує Д.Ландау, рішення Чавеса продовжувати діяти поза конституційним механізмом «загальної реформи» та схвалення Верховним судом цього рішення дозволило йому замінити існуючу конституцію, не надаючи опозиції жодної участі в процесі прийняття конституції, сили Чавеса домінували на наступних виборах до Установчих зборів, а основні опозиційні партії не брали участі у голосуванні [268, р. 163-164].

Установчі збори, порушуючи попереднє рішення Верховного суду, наділили себе повноваженнями розпустити всі інші державні установи, включаючи суди [285, р. 80]. Насправді відбулася класична популістська маніпуляція – Установчі збори ніби були вищі за чинні державні органи і могли робити все, що їм заманеться.

С. Левіцкі і Д. Зіблатт наголошують, що побоюючись за своє виживання, Верховний суд погодився і визнав цей крок конституційним. Через два місяці суд був розпущений і замінений новим Вищим трибуналом юстиції, однак навіть цього було недостатньо для забезпечення лояльності судової влади, тому у 2004 році уряд Чавеса збільшив розмір Вищого трибуналу з двадцяти до тридцяти двох і заповнив нові посади лояльними суддями; протягом наступних дев'яти років жодне рішення Вищого трибуналу не пішло проти уряду [275, р. 81].

Ідея про те, що установчі збори мають бути суверенними, типова для популістської концепції, хоча вона набагато старша за будь-який популізм [25, р. 295]. Сам ліміт президентського терміну був скасований на референдумі 2009 року; цей захід потенційно дозволив йому продовжувати правити

довічно. Процедура була оскаржена, але Конституційна палата Вищого трибуналу юстиції, відкинула відповідні аргументи (рішення № 49 Вищого трибуналу юстиції від 3 лютого 2009 р.) [268, р. 167].

Чавес був вчергове обраний у 2012 році і помер у 2013 році від раку. Його місце зайняв Мадуро і був обраний тоді ж президентом. Проте у 2015 році опозиція перемогла на парламентських виборах і в 2017 році Мадуро повторив трюк Чавеса і скликав однопартійні Установчі збори (асамблею), більшість у яких були прихильниками Мадуро. Нова однопартійна установча асамблея узурпувала владу Конгресу [275, р. 5]. Таким чином, новий процес був спрямований на продовження життя старого режиму [268, р. 171].

Замість того, щоб фактично намагатися написати нову конституцію, Асамблея стала всемогутнім інструментом для консолідації влади Мадуро та репресії його політичних опонентів [147, р. 125]. Установча асамблея Венесуели витратила понад три роки свого життя на законодавство та стверджуючи домінування над іншими інституціями, щоб підтримати автократичний режим [147, р. 116]. Її діяльність припинилася у 2020 році. Венеційська комісія розкритикувала скликання Мадуро установчих зборів у своєму висновку CDLPI(2017)004-е від 23 травня 2017 року [167]. Венесуельський досвід є прикладом того, як лідери можуть використовувати юридичні засоби, як правило, пов'язані з демократичним конституціоналізмом для руйнування демократичного конституційного ладу [268, р. 174].

Цей досвід є цікавим повчальним і для нашої держави. Досвід України ми детальніше розглянемо у четвертому розділі. Лише зазначимо, що намагання використати установчу владу народу було характерним як для режиму Кучми у 2000 році (референдум про внесення змін до Конституції), так і Януковичем у 2010 році шляхом створення Конституційної асамблеї як дорадчого органу. Подальше ухвалення у 2012 році Закону «Про всеукраїнський референдум», який передбачав можливість ухвалення нової Конституції і

внесення змін до чинної Конституції на референдумі за народною ініціативою, продемонструвало небезпеку маніпулювання референдумом (і це підтвердив КСУ у рішенні від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018).

2.3. Постсуверенна парадигма установчої влади

Попередньо ми розглянули ті концепції, які суттєво критикують ідею суверенної установчої влади. Як ми вже з'ясували у попередньому підрозділі, доктрина установчої влади, яка прагне описати й виправдати демонтаж конституційного ладу та його заміну новою конституцією, є помилковою.

Ми ж пропонуємо розглянути альтернативну версію юридичної доктрини – постсуверенної установчої влади, сучасним представником, якої є Е.Арато та інші вчені. Ця теорія є критичною по відношенні до традиційної версії суверенної установчої влади, проте трансформуючи її ідеї, залишає саму теорію в грі. По великому рахунку, саме ця доктрина і є сьогодні найбільш обговорюваною. Частково вона враховує в собі певні елементи критики, які вже були наведені у попередньому підрозділі. Ми не є її абсолютними апологетами, але в багатьох позиціях вважаємо її конструктивною.

Отже, якщо ми намагаємося встановити зміст доктрини установчої влади, то побачимо проблему «широти» самої доктрини. Чи маємо ми виходити виключно із якихось мінімальних сутнісних процедурних і матеріальних стандартів при створенні конституції і її зміні, щоб визнати відповідні процеси як такі, що ґрунтуються на установчі владі (безвідносно що саме призвело до «конституційного моменту» за Акерманом)? Чи ми маємо також робити певні рекомендації на передустановчому етапі, як має все відбуватися? По суті заглиблення в такі процеси і намагається зробити постсуверенна теорія (шляхом принципової позиції щодо необхідності досягнення домовленостей суспільними групами і збереження континуїтету), а також виробити свої власні процедурні і матеріальні стандарти власне конституцієтворення.

Ключову роль зіграв А. Лейпхарт, який у 1977 р. запропонував теорію демократії в багатоманітних (плюральных) суспільствах, вказавши на чотири її ознаки. Головні ознаки це – велика коаліція і автономія сегментів, оскільки саме вони максимізують вплив кожного сегменту в процесі прийняття рішень двома шляхами: шляхом участі поряд з іншими сегментами у вирішенні поспільним питанням і затвердження виключного права ухвалювати рішення з проблем, для яких загальної згоди не вимагається. Допоміжні ознаки – це пропорційність і право вето. Реальності ці пропозиції набули в ПАР, для якої великою мірою ця теорія і призначалася (на момент написання книги в ПАР панувала біла меншість). Ухвалена у 1994 році тимчасова конституція, як згодом згадує сам А.Лейпхарт, багато в чому реалізувала положення основного закону, який він пропонував. Інші приклади плюральної демократії за Лейпхартом: Чехословаччина у 1989 р., Індія (щодо якої автор змінив свою думку), Бельгія, Канада, Ліван, Кіпр, Малайзія, Колумбія, Північна Ірландія. Одна із важливих ознак таких демократій: «сегментарні відмінності», тобто відмінності між групами населення; а також політична співпраця еліт, що представляє його основні групи (сегменти) [277].

Проводячи порівняльні дослідження спочатку 21 країн [279] а згодом 36 [278], вчений виокремлює окрему консенсусну модель демократії, яку він протиставляє мажоритаризму. Консенсусна модель має 10 елементів, що обмежують мажоритаризм. Вони корелюються із тим, як вчений перед цим описує демократії в багатоманітних (плюральных) суспільствах, але додає інші елементи. Зокрема, це такі 10 елементів (переглянувши і доповнивши цей перелік порівняно із первинним варіантом, який включав 8 пунктів): 1. Виконавча влада у широкої коаліції; 2. Баланс виконавчої і законодавчої влади; 3. Багатопартійність; 4. Пропорційне представництво; 5. Представництво груп інтересів; 6. Федеральний і децентралізований уряд; 7. Сильна (strong)

двопалатність; 8. Жорсткість конституції; 9. Конституційний контроль (Judicial review); 10. Незалежність центрального банку [278, р. 33-40].

Погляди А. Лейпхарта зіграли важливу роль у практиці конституцієтворення, а також створення нових теорій. Згадаймо також про погляди П.Розанвалона, М.Розенфельда та інших вчених. Перш за все, йдеться про ідею динамічної легітимності, адже установча влада виникла сама як легітимнація теорія. Водночас сьогодні зрозуміло, що легітимність – це не одномоментна подія, а постійно відтворювана властивість. Саме тому теза про те, що суверена установча влада, що приймає конституцію, гарантує легітимність політичної системи у подальшому, не є переконливою. Вихід із ситуації може бути різний. Одним із варіантів є розширення концепції установчої влади за рахунок інших типів легітимності, використання «недемократичних» типів легітимності, тобто тих, які не засновані на участі народу (або трансформації самої ідеї демократичної легітимності). Тут, зокрема, може бути присутня легітимність, які мають суди і конституційні суди зокрема. Цікаво те, що навіть Венеційська комісія оперує іноді такими підходами.

Одним із найбільш яскравих представників таких поглядів є П.Розанвалон. Він демонструє, що почали вимальовуватися три нові фігури легітимності, кожна з яких пов'язана з реалізацією одного з підходів до суспільної загальності: легітимність безсторонності (пов'язана з реалізацією від'ємної загальності); легітимність рефлексивності (пов'язана з загальністю примноження); легітимність близькості (пов'язана з загальністю уваги до окремоті) [714, с. 19].

Таким чином, за П.Розанвалоном, необрані органи можуть визнаватися легітимними, якщо вони виробляють те, що вважається суспільно корисним. Вчений відсилає до класичної типології, яка ґрунтується на протиставленні легітимності через основи (input legitimacy) і легітимності через результати (output legitimacy) [714, с. 20-21].

В схожому до Розанвалона ключі міркує Р.Алексі. Так, він обґрунтовує ідею аргументативного представництва народу як одну з обґрунтувань конституційного контролю (друге обґрунтування – теорія принципів) [447, с. 446-447]. В цю ж логіку вписується і концепція ідентичності конституційного суб'єкта М. Розенфельда. На його думку, як тільки визнається, що конституційний суб'єкт може набути ідентичності лише в інтерсуб'єктивній сфері, обмеженій конституційним дискурсом, має стати очевидним, що слід уникати персоніфікації конституційного суб'єкта. Ані творці конституції, ані інтерпретатори конституції, ані ті, хто підпорядковується їй приписам, не є, власне кажучи, суб'єктом конституції [351, р. 41].

Ф. Мюллер також наголошує на необхідності постійно відтворюваної легітимності. На думку Ф.Мюллера, важливо, що «установча влада» більше не є просто юридичним стандартним текстом для тимчасово визначеної події чи події, наприклад, у вигляді процесу підготовки та надання консультацій щодо конституції та проведення голосування за проєкт конституції, а як норма, яка продовжує застосовуватися з часом і виправдовує претензії на легітимність конституції [310, с. 34].

Звернемо увагу також на М.Лафліна, який пропонує реляційний варіант тлумачення установчої влади і обстоює реляціоналізм, що відкидає як (ліберальне) нормативістське припущення про те, що установча влада є надлишковою, так і (демократичне) дезиціоністське твердження про те, що вона виражає волю суб'єкта установчої влади. Для реляціоналістів установча влада включає відносини права: це прояв політичного права (*droit politique/ jus politicum*), і воно виражає відкриті, тимчасові та динамічні виміри конституційного впорядкування [117, р. 153]. М. Лафлін висловлює важливу думку, наголошуючи на тому, що в реальному житті установча влада живе через встановлену владу і їх треба розглядати в єдності. По суті, це теорія широкої легітимності (Розанвалон). Він зазначає, що установча і встановлена влада

існують у діалектичному відношенні, діючи між Staatsvolk (народ як активний політичний орган) і Staatsgewalt (інституційний апарат урядової влади). Тільки в цій діалектичній формі вони разом утворюють державу – те, що в альтернативному варіанті можна назвати публічною сферою [292, р. 227-228].

Отже, його ідея про єдність установчої і встановленої влади опонує проти дезиціоністського підходу (установчої влади як волі у Шмітта) і нормативістського (позитивістів на кшталт Кельзена і ліберальних нормативістів на кшталт Дворкіна). На думку М.Лафліна, установча влада існує в тому числі і як встановлена – вона в реальності функціонує.

Ще один підхід представлений Е-В. Бокенфьорде, який свого часу сформулював своє бачення можливості розгляду проблематики установчої влади як юридичного питання, в рамках юридичної науки, а також запропонував шляхи виходу із ситуації [58, s. 16]. На його думку, дивним є уявлення про те, що легітимність конституції може бути зведена до однієї точки, її (революційного) походження [58, s. 17]. Ця ідея є дуже важливою і вчений пропонує декілька варіантів узгодження цієї проблеми. Перший – це розмежування установчої влади *pouvoir constituant* і *pouvoirs constitués* (установчої і встановленої влади). Остання стосується змін конституції і заведена в певні процедури. Наступний, другий, варіант полягає у розробці та застосуванні демократичних процедур, які служать для формулювання, підготовки чи виконання рішень носія конституційної влади. Таких процедур вчений виокремлює чотири (прийняття рішень установчими зборами, конвентом, референдумом і плебісцитом) . І третій, дуже важливий варіант, полягає у відкритті впливу в рамках конституції для неорганізованих людей. Користуючись можливостями, які відкриваються перед ними, люди «живуть» за конституцією та оновлюють її легітимність у оновленому консенсусі. Такі можливості створюють-

ся шляхом гарантування (громадської) свободи думок, свободи преси та зібрань [58, s. 18-22].

Отже, дезиціоністські теорії роблять наголос на створенні конституції як тексту. Водночас постсуверенні теорії демонструють важливість динамічного аспекту – тобто реальної дії конституції, яка забезпечується різними суб'єктами.

Тому якщо розширювати погляд на установчу владу не лише з позицій прийняття конституційного тексту і внесення до нього формальних змін, тобто конституційної статички, а й подивитися на процеси реалізації писаної конституції в динаміці (законодавчої і судової практики, практики виконавчих органів влади тощо), то ми отримаємо ще додатковий комплекс процесів, які хоч і не пов'язані із створенням і зміною тексту конституції (із розривом континуїтету чи без такого), проте які показують реальну ситуацію дії конституції в динаміці. Вони перебирають естафету у акторів у формального конституційного тексту (до написання і ухвалення якого залучаються традиційні суб'єкти установчої влади) і створюють живу конституцію, завдяки ним на практиці функціонування конституції підтримується з різних джерел, що забезпечують її легітимність і, врешті-решт, ефективність і відтворюють демократичну легітимність.

Фундатором найбільш авторитетної і популярної на сьогоднішній день постсуверенної теорії виступає Е. Арато. Він концептуалізував багато різних підходів, які існували до нього. У ряді праць, які були опубліковані вченим у проміжку між 2009 і 2017 рр. [24; 25; 26], Е. Арато висуває ідею створення постсуверенної конституції. Він зазначає, що незважаючи на передчасні некрологи, ідея про установчу владу «народу» є ще дуже живою і наводить приклади популістських та революційних форм становлення конституції в республіках Латинської Америки і на Близькому Сході. Натомість постсуверенна теорія є важливою альтернативою концепції установчої влади, що втілю-

ється у народному суверенітеті. Е. Арато також вважає серйозною помилкою розглядати документальну конституцію країн як єдиний об'єкт вивчення constitution making (створення конституції) [26, р. 1-2].

По суті, остання думка корелюється з необхідністю встановити зв'язок між матеріальною і формальною конституцією і розумінням конституції ширше, ніж лише як тексту з відповідною назвою. Е. Арато наполягає на розгляді поряд з писаним текстом інших джерел, зокрема, звичаїв тощо.

Ідеальний тип Арато – це створення постсуверенної конституції. Він ґрунтується на одному класі випадків, що відбулися починаючи з 1970-х років по теперішній час, від Іспанії до Південної Африки та за її межами, і які, на його думку, мають важливі переваги у легітимності [25, р. 299]. Постсуверенний ідеальний тип пов'язується з іншими більш-менш загальними рисами, такими як важливість центрального інституту круглого столу, двоетапний процес, тимчасова конституція, і правова наступність (континуїтет), хоч ці особливості присутні не в кожному окремому випадку. Арато використовує чотирьохелементну модель типів, що складається з революції, реформи, революційної реформи та зміни режиму [25, р. 30].

Арато виступає за відмову від мови суверенітету, постсуверенна модель має відкинути теорію Шмітта про установчу владу [360, р. 216]. Провідне питання Арато полягає в тому, що ми маємо думати про демократичні дії та зміни, які б не спричинили радикальний революційний розрив [44]. Замість дихотомії «революційне/нереволюційне» Е. Арато розрізняє суверенне та постсуверенне конституційне створення [223, р. 10].

Арато використовував доробок У. Пройса, (західно)німецького теоретика конституції, експерта-радника Круглого столу Німецької Демократичної Республіки [24, р. 61]. Спираючись на досвід Іспанії (1975–1977) та ПАР (1991 і 1996), Арато звертає увагу на використання моделі двох фундаментальних етапів, які передбачають з самого початку створення двох конституцій,

проміжної та остаточної, де перші правила не тільки займають якийсь тимчасовий або тимчасовий «простір», але, що більш важливо, структурно обмежують створення другого [24, р. 62]. Отже, одним із елементів постсуверенної моделі є перехід за допомогою тимчасової конституції [24, р. 65-66].

Тимчасова конституція обмежує свою дію певним строком або подією, і покликана створити передумови для прийняття остаточної конституції. Як правило, тимчасові конституції не є актами установчої влади, приймаються революційним урядом, парламентом або іншим способом [420, р. 409-410].

Таких кейсів доволі багато. О.М. Бориславська наводить приклад чинної конституції Португалії 1976 р. де протягом двох років було запроваджено транзитну конституцію (14 травня 1974 р.), проведено перші вільні вибори до конституційної асамблеї, яка розробила проєкт нової конституції та схвалила його 2 квітня 1976 р [484, с. 182].

Е.Арато наголошує на тому, що у той час як французький тип попередньої конституції передбачав лише процедурні обмеження установчих зборів, нові тимчасові конституції повинні або намагатися встановити обмеження на його зміст разом з процедурними гарантіями, які, ймовірно, збережуть угоди щодо змісту, або встановити дуже широкий спектр процесуальні гарантії та їх інституційний захист, які можуть мати істотні наслідки і які буде важко усунути в остаточній конституції. Прикладом першого є відомі південноафриканські «Тридцять чотири конституційні принципи» [24, р. 67-68].

Отже, Е. Арато у своїй концепції робить наголос на трьох речах. Розглянемо їх. По-перше, це угоди за круглим столом, вільні вибори та несuverенні конституційні (установчі) збори [24, р. 73]. На думку Й. Ельстера, Р. Гаргарелла, В. Нареша, і Б.Е. Раша, процес створення конституції в розділених суспільствах показує, що успіх чи невдача формального процесу сильно корелює з наявністю чи відсутністю неформальної розмови та переговорів. Переговори за круглим столом у Польщі та Угорщині 1989 року сформували ви-

рішальне значення для створення конституції і, можливо, були необхідними умовами для мирних змін, які відбулися [105, р. 3]. Так, в Угорщині відбувалися Національні переговори круглого столу 1989 року. Учасниками "Опозиційного" круглого столу та представники державної партії. Згодом Парламент лише ухвалив всеосяжні зміни до Конституції, які набули чинності в жовтні 1990 р., і який був основним документом "конституційної революції" [221, р. 244].

По-друге, це правова наступність. Усі характерні випадки від Іспанії до Південної Африки не передбачають юридичного розриву між старим режимом і новим [24, р. 80]. Один із таких механізмів забезпечення наступності – тимчасова конституція, яку ми вже згадували або внесення змін до старої конституції, які б створили процедуру здійснення нової реформи.

По-третє, це роль конституційних судів і конституційні принципи. В реальності повноцінні результати ми побачили лише у випадку з Південною Африкою [24, р. 84]. Обмеження вільно обраних зборів таким чином у Південній Африці як окрема легітимність походить від урочистої обіцянки, яку КС розглядав як основу тимчасової конституції. Зв'язок із легітимністю домовленостей круглого столу тут незаперечний [24, р. 86].

В цьому розумінні постсуверенна теорія, пов'язуючи матеріальні обмеження установчих зборів із певним консенсусом, могла би орієнтуватися на більше коло джерел відповідної легітимності. Та зрозуміло, що в цьому випадку сама ідея консенсусу не буде такою яскраво вираженою. У того ж Арато в аспекті розгляду тимчасових конституцій ми знаходимо приклад Франції 1946 року, коли матеріальні принципи в якості обмеження установчої влади були запроваджено законом, схваленому на референдумі. Крім того, у тій же Франції ми знаємо кейс 1958 року, коли відповідні принципи були ухвалені законом. Та в обох випадках слід визнати розрив континуїтету, а ідея тимча-

сової конституції грала своєрідну роль (цей аналіз буде здійснений в підрозділі, що присвячений питанням континуїтету).

Вирішальним і важливішим за звичайні емпіричні відносини є наявність двох нормативних логік у постсуверенній парадигмі, нормативної логіки страхування, яка впливає з множини обов'язково невизначених акторів, а також нормативної логіки інституціоналізації демократичного післяреволюційного досвіду заснування [26, р. 418]. Що стосується поправок до конституції, то Е.Арато пропонує комбінацію багатокомпонентної (multitrack) структури поправок разом із судовим переглядом (judicial review) поправок [26, р. 417].

Власне у Е.Арато можна виокремити три важливі і цікаві нам тези. Перша щодо широкого сприйняття конституції з позицій існування різних джерел матеріального конституційного права. Друга теза стосується визнання суверенної установчої влади застарілим концептом, що сприяє авторитарним режимам і популістам, натомість конституцієтворення має відбуватися шляхом дискурсу, консенсусу, круглих столів тощо. Третя теза – власне вимога узгоджувальних практик при ухваленні конституції і внесенні до неї змін, використання декількох етапів, а також залучення конституційних судів до створення конституції і перевірки конституційності поправок.

В цілому, аратівське розуміння створення конституції як механізму пошуку певного консенсусу і наголос на важливості узгоджувальних процедур і механізмів не є чимось радикально новим. М.Розенфельд ще до Арато виокремлював модель «pacted constitution-making», тобто модель, засновану на пакті [351]. Відповідна проблематика також тісно пов'язана із більш складними питаннями умов для конституціоналізму в мультикультурних суспільствах, інклюзії в процес створення конституції етнічних та інших груп тощо, які досліджують А.Шайо і Р.Уїтц [369, р. 78-86].

За П.Габерле, типова для конституційної держави вимога народу бути єдиним суб'єктом або «носієм» установчої влади не скасовує розуміння того, що народ є плюралістичним утворенням. У сучасній конституційній державі безліч плюралістичних «факторів» або «учасників» працюють над основним консенсусом, на якому в кінцевому підсумку «будується конституція» [213, s. 85]. У плюралістичному суспільстві конституція стає вираженням формального консенсусу [777, с. 54]. Як зазначав Ю.М. Тодика, дуже важливо, щоб конституція розглядалася як акт і результат суспільної згоди, а не конфронтації. Конституція має консолідувати суспільство [770, с. 12].

В цілому, можна стверджувати, що ми маємо справу із різними умовами, що забезпечують конституцію суспільної згоди як при її прийнятті, так і при проведенні реформи.

Венеційська комісія наголошує, що конституційна реформа – це процес, який вимагає вільних та відкритих публічних дебатів та достатнього часу для того, щоб громадська думка розглянула питання та вплинула на результат (параграф 210 Доповіді про конституційні зміни [84]). Суспільне обговорення основних конституційних змін і нововведень має ключове значення з точки зору законності майбутньої конституції, вочевидь, в контексті її розуміння в світлі легітимності. Це особливо важливо у випадках, коли конституційні перетворення вимагають схвалення на референдумі (Висновок по проєкту закону по перегляду конституції Румунії CDL-AD(2014)010). Отже, вимоги суспільної згоди, обговорення, консенсусу є досить обґрунтованими.

Яка має бути відповідь на теорію Е. Арато і інших вчених, що так чи інакше підтримують ідеї постсуверенної теорії установчої влади? Варіантів два: або визнати установчу владу як хибну концепцію і запропонувати замість неї якусь нову, врахувавши критику, або залишити її, сприйнявши критику з точки зору збереження об'єктивного огляду на реальність і адекватного розуміння тих рамок, в яких установча влада існує.

Ми є прихильниками другого шляху. Ми не поділяємо ідею про заперечення концепту установчої влади, визнаємо досить серйозною популістську загрозу і справедливим зауваження щодо необхідності пошуку консенсусу і проведення деліберативних процедур. Власне, те як саме має здійснюватися установча влада завжди по суті і було в історії ключовим питанням. Деліберативні процедури також використовуються різними країнами, які поєднуються із класичними інструментами установчої влади – парламентами, установчими зборами, комісіями і референдумами. Тому включення в механізм установчої влади (не заперечуючи її) деліберативних процедур насправді є прогресивною ідеєю, особливо в суспільствах, що є розколотими, переживають постконфліктну стадію, демократичний транзит тощо. Та й в усталених демократіях така деліберация пішла б лише на користь, а не на шкоду.

Сьогодні все більше з'являється досліджень, в який покроково розкриваються механізми досягнення консенсусу, проведення круглих столів при створенні конституції, що цілком вписується в постсуверенну парадигму. Одне з таких – це інструкція для країн, що пишуть конституції за авторства Мі. Брандт, Дж. Коттрелл, Я.Гай, Е. Реган [716].

Що стосується конкретних прикладів реалізації постсуверенної парадигми, то їх на даний час вже достатньо багато (причому як успішних, так і ні). Вивчення досвіду конкретної країни – перспектива подальших досліджень у порівняльному конституційному праві. Дія тимчасових конституцій, прийняття законодавства про конституційну реформу, вплив на процес конституцієтворення конституційного суду, правові обмеження установчих зборів – предмет для детального аналізу. Такого роду дослідження в принципі є в західній науці у того ж Арато і в інших порівняльних розвідках [24; 25; 26; 105; 716] або працях, присвячених конституційному праву конкретної країни. Ще більше емпіричного досвіду існує щодо внесення змін до конституції. Розглянемо лише декілька прикладів: Іспанії, ПАР і Чилі.

Детально процес переходу в Іспанії описаний в численній літературі із цього питання [60; 173]. В. Феррес Комелла вважає, що секрет іспанської конституції полягає в примирливому дусі, з яким вона була написана [173, р. 8-24].

Конституція Іспанії 1978 року є першим значним прикладом конституції, заснованої на пакті, якій не передував якийсь насильницький розрив, яка стала моделлю для мирного створення багатьох наступних конституцій, наприклад конституцій постсоціалістичних країн Південній Африці в середині 1990-х [351, р. 127-128]. Моделлю, заснованою на пакті, вона є в буквальному сенсі, оскільки ухваленню конституції передував т.з. «пакт Монклоа» - домовленість політичних партій і профспілок про транзит 1977 року [658].

В Іспанії збереження законності стало можливим завдяки тому, що Кортеси проголосували за вільні вибори, тим самим свідомо забезпечивши собі політичну смерть [351, р. 197]. Акт про політичну реформу 4 січня 1977 року став восьмим (і останнім) основним законом, серед тих, що склали правову основу режиму Франко.

Після схвалення парламентом проєкт Конституції був винесений на референдум і був прийнятий 6 грудня 1978 р. [583, с. 135].

Що ж до ПАР, то не маючи можливості детально описувати весь конституційний процес⁹ (конституція повністю розроблялася в дусі постсуверенної теорії), звернемо увагу на один важливий момент – залучення у процес конституційного суду. Установчі збори ПАР можна вважати прикладом несuverенних зборів, яким було доручено розробити конституцію із врахуванням певних принципів гарантування дотримання яких мав здійснити КС. Контроль з його боку можна вважати контролем над несuverенними зборами від імені постсуверенної установчої влади (якщо модифікувати термінологію

⁹ Про Конституцію ПАР – див.: [260].

Е.Арато). Цей контроль може бути порівняний з попереднім контролем, якій здійснюють конституційні суди при внесенні змін до конституції, проте він мав неklasичне джерело легітимності – результати домовленостей між різними групами і санкцію на це чинної влади, а також неklasичний об'єкт – проєкт нової конституції.

Так, у 1994 році тимчасовою конституцією у ПАР був створений КС для забезпечення гарантування досягнутих домовленостей по забезпеченню реформи апартеїду. КС негативно оцінив проєкт конституції і на його вимогу остаточна редакція була змінена із врахуванням його позиції. Конституційна доктрина суду обмежувалася забезпеченням гарантій того, щоб конституція відповідала як за загальним демократичним стандартам, так і компромісам, досягнутих під час періоду лібералізації режиму і його реформування [64]. Серед ключових положень, вилучених через перевищення мажоритарного контролю, були спроба виключити конституційний контроль з певних категорій законів, відсутність федералістських гарантій централізованої влади та відсутність супермажоритарного захисту для деяких компонентів самої конституції, включаючи захист свобод. Щодо останнього, суд визнав порушення принципів Тимчасової Конституції у незакріпленні прав, про які йшлося попередньо [242, р. 181-186]. Як зазначив сам Суд, судова “сертифікація” конституції є безпрецедентною (рішення 23/96 від 6 вересня 1996 р.) [92].

Ще один приклад, пов'язаний із невдачею постсуверенних моделей можемо спостерігати в Чилі, де виникла необхідність ухвалити нову Конституцію замість диктаторської Політичної конституції 1980 року, текст якої було ратифіковано плебісцитом під час військової диктатури Піночета із сумнівною легітимністю [2].

Під час розробки «Угоди про соціальний мир і нової Конституції» 14 листопада 2019 року виникла ідея скликати «Конституційний конвент», який був установчим органом Республіки Чилі, і який відповідав за розробку нової

Політичної конституції Республіки після схвалення національного плебісци-ту, що відбувся в жовтні 2020 року. Його створення та регулювання було здійснено за допомогою Закону № 21 200, опублікованого 24 грудня 2019 ро-ку, який вніс зміни до Політичної конституції Республіки, щоб включити процес розробки нової конституції [115]. Т. Гінсбург і І. Алварез наголошу-ють, що цей конвент не був установчою владою [189] (мабуть, маючи на ува-зі, що не відбувався конституційний розрив, тобто він не був первинною установчою владою). Тобто, як бачимо, мала місце угода, референдум «на вході», дотримання процедурного континуїтету, а також планувався рефере-ндум «на виході».

Конвент створив проєкт політичної конституції Республіки Чилі між 4 липня 2021 року та 4 липня 2022 року. Попередній проєкт був оприлюднений 14 травня 2022 року. Остаточна пропозиція була опублікована 4 липня 2022 р. 4 вересня 2022 року відбувся національний плебісцит, щоб визначити, чи погоджується громадськість із запропонованою Конституцією. Його було ві-дхилено з перевагою від 62% до 38% [2].

Т. Гінсбург і І. Алварез пов'язують відповідну невдачу із процедурами, якими був зв'язаний Конституційний конвент. На їх думку, правила та про-цедури в процесі створення конституції мають значення та можуть бути по-зитивними причинами невдачі чи успіху [189]. Водночас існують і змістовні причини негативного голосування на референдумі. Д. Ландау і Р. Діксон на-звали цей проєкт утопічним, оскільки він ставив перед собою цілі, які навряд чи будуть досягнуті в рамках будь-якого розумного період часу [271].

У грудні 2022 року законодавці оголосили про «Угоду для Чилі» як дру-гу спробу розробити нову конституцію з іншими правилами. Чилійський на-ціональний плебісцит у 2023 році був запланований на 17 грудня 2023, щоб визначити, чи погоджується громадськість з новою політичною конституці-єю, розробленою Конституційною радою [3]. Цей текст вважався більш кон-

сервативним і дружнім до ринку, ніж конституція 1980 року, яку він міг замінити. Проте 55,76% чилійців відхилили новий текст, тоді як 44,24% проголосували за нього [94].

Отже, в Чилі виникла своєрідна ситуація, де була присутня велика кількість елементів постсуверенної парадигми, але проект конституції все одно був відхилений на референдумі у 2022 і 2023 роках (причому виборців не влаштував ані лівий, ані правий проект). Цей приклад демонструє, що постсуверенні теорії не є панацеєю, вони можуть пропонувати лише інструменти, які йдуть в ногу з часом, але завдяки ускладненню самих інструментів залишають великий простір для невизначеності результатів їх застосування.

Крім того, чилійський досвід розробки демократичної конституції поставив ряд питань щодо непередбачених та раніше не досліджених викривлень, які можуть призвести до невідповідності між уподобаннями виборців і представників щодо масштабу та напрямку конституційних змін [253]. Досвід Чилі детально аналізує О.В. Совгиря, зазначаючи як про позитивну, так і про негативну роль інструментів партисипаторної демократії [740].

Оцінюючи ідеї Арато, зазначимо, що величезна кількість зловживань суверенною установчою владою тільки підштовхують постсуверенну теорію до свого розвитку. Об'єктивно також зникають і умови для революційної установчої влади в багатьох суспільствах. Постсуверенна теорія знаходить відповідь і свою легітимність в методах діалогу та не заперечує підкорення установчої влади конституціоналізму.

Проте чи можемо ми відкинути повністю класичну концепцію? Сподіватися на консенсус старих еліт із новими, шлях реформи, вироблення принципів конституціоналізму на круглих столах, написання тимчасової конституції і створення конституційного суду для захисту домовленостей – це ідеальний світ, який в реальності може не існувати. Крім того, важливо пам'ятати, що саме відхід від договірного характеру середньовічних основ-

них законів дало можливість виникнути сучасним конституціям. Повноцінний перехід (повернення) до договірної природи навряд чи можливий. Хоч ми підтримуємо цю модель в багатьох її елементах, вважаємо, що вона може лише доповнювати традиційну модель певним набором гарантій. Крім того, постсуверенна теорія потрібна не в усіх випадках. Вона намагається замінити революцію на реформу, але в тих країнах, де реформа і так би відбувалася без особливих проблем, постсуверенні механізми не мають тієї актуальності. Прийняття нових конституції у Швейцарії, Фінляндії тощо ознаменували результат накопиченого досвіду без розриву правонаступності і про революцію навіть теоретично не йшлося.

Що ж стосується ідеї консенсусу, то це цілком нормальний політичний процес, який може і повинен супроводжувати здійснення установчої влади. Та виникає дуже тонка межа між змішуванням тут права і політики (це є однією із підстав критики постсуверенної концепції). Наша ж мета – наповнити установчу владу навіть в її суверенній інтерпретації юридичними обмежувачами і показати абсурдність і некоректність випадків зловживання нею популістськими лідерами. А от постсуверенні механізми носять часто більш політичний характер і можуть слугувати чудовими рекомендаціями для транзитивних суспільств і різних моделей переходу до демократії.

Ідея розмивання традиційної народної, революційної установчої влади і перетворення її на постсуверенну концепцію має багато опонентів. Р. Діксон і Д. Ландау наводять приклад Колумбії, коли після періоду громадянської війни між двома традиційними політичними партіями (лібералами та консерваторами) у 1940-х роках був укладений Пакт про розподіл влади, за допомогою якого вони змінювали б президентські посади та розподіляли ключові пости, такі як посади в кабінеті міністрів і судді Верховного суду. Пакт розрядив напругу між двома партіями, але в кінцевому підсумку створив політичну систему, яка виключала багато політичних сил [147, р. 121].

В.М. Шаповал досить критично ставиться до ідеї конституції як результату непублічних домовленостей політиків домовленостей [798, с. 72]. Д.Валадес наголошує, що якщо підпорядкувати будь-яку політичну діяльність угодам, суспільство позбавиться найголовніших атрибутів суспільного права: сталості, публічності, застосування стягнень [419]. На думку О.М. Бориславської, досвід постсоціалістичних держав свідчить про небезпечність підходу Е.Арато, адже жодних критеріїв оцінки відкритості та широкої суспільної залученості до конституційного процесу на сьогодні не вироблено і наводить в цьому ключі новітній досвід Угорщини [484]. Що стосується критеріїв участі в процесі, то їх дійсно важко формалізувати і мова йде виключно про добросовісність акторів. До речі, в тій же Угорщини при транзиті наприкінці 80-х років залученість до дискусії була набагато вища і досвід Угорщини тоді вписувався в постсуверенну парадигму набагато більше, ніж те, що відбувається в Угорщині останнім часом.

Варто погодитися, що відмова від вже відомого (в даному випадку – доктрини установчої влади) не завжди на краще і перехід до постсуверенної конституції, що є результатом громадських обговорень і дискусій, не є єдино правильним шляхом, на користь якого слід забути весь історичний досвід і відмовитися від нього. Можливо старий досвід варто доповнити новим, а не робити повну заміну. Та все ж, як на нас, в цілому, ідея Арато не передбачає повне руйнування усього старого, а скоріше певне оновлення. Ми є прихильниками трансформації класичної доктрини із урахуванням постсуверенної теорії, проте не повної заміни змісту доктрини установчої влади на постсуверенні підходи. Вважаємо, що непоганим варіантом було би скоригувати її за рахунок розгляду збереження можливості розриву континуїтету, зробивши наголос на обмеження установчої влади (3 розділ дисертації). Постсуверенна парадигма нами розглядається як один із бажаних сценаріїв, проте не єдино можливим.

Так, у більш пом'якшеному вигляді, ніж прихильники постсуверенної парадигми, створення конституції бачить А.Шайо і Р.Уітц. Вони все ж дотримуються елітистського варіанту розробки конституції, але на їх думку ефективність досягається завдяки якості таких еліт і прозорості: «Розробка конституції, поза всяким сумнівом, – заняття еліт, але еліти не перебувають у вакуумі». Вчені вказують, що «те, що насправді робить процес створення конституції сумнівним (і навіть без повноважень), це не відсутність участі громадськості, брак досвіду чи секретності, а відсутність автентичності. Автентичність походить не від відкритості процесу редагування для широкої громадськості, а від особистої чесності креслярів, на яких не впливають ні соціальні упередження, ні особисті інтереси» [369, р. 62].

Постсуверенна теорія обирає один ідеалістичний варіант прийняття і внесення змін до конституції, в основі якої лежить модель, що ґрунтується на пакті. Інші ж варіації відкидаються або вважаються небажаними. А таких альтернатив насправду дуже багато. Ми вже їх наводили. Це модель революції, пост-воєнна модель тощо. Водночас сам підхід постсуверенної теорії спрямований на дійсно важливі аспекти і за певних сприятливих умов має бути реалізований. Інше питання, що він ніби неявно намагається встановити свою монополію на правильне конституцієтворення, у тому числі, створивши для себе ворога – суверенну установчу владу. Наша теорія обмеженості установчої влади (яку буде показано у третьому розділі) досить непогано корелює із постсуверенною теорією, особливо щодо наявності передумовчої влади. Проте ми вважаємо, що така обмеженість має визнаватися завжди, а сама суверенна теорія була фікцією. І ця обмеженість не обов'язково має корелювати із дотриманням континуїтету, стадією переговорів між групами (пакту) тощо.

Дотримання континуїтету (ключова вимога постсуверенної теорії), до речі, може мати місце і у випадку, якщо повноцінно вся постсуверенна теорія

не застосовується. Останній перегляд Конституції у Швейцарії тому яскравий приклад, хоча представники постсуверенної теорії зможуть ретроспективно знайти в цьому процесі деякі позиції, які вони відстоюють. Звідси питання: чи має постсуверенна теорія більше бути спрямована на постконфліктні суспільства, де роль континуїтету, пакту, стабільності надважлива? Чи це універсальна теорія для всіх? Напевне, що все ж пафос постсуверенної теорії спрямований на більш уразливі суспільства.

Що стосується континуїтету, ключової вимоги постсуверенної теорії, то його не завжди можна досягти. Адже актори старої влади можуть не хотіти демократичного транзиту і реформ. Буває й таке, коли під виглядом поступок влада намагається завдати згодом удар своїм противникам, знищивши їх, тим самим не дотриматися досягнутих домовленостей. Тоді революція – легітимний вихід із ситуації.

Треба визнати, що постсуверенна теорія – це «теорії в теорії». Різноманітність підходів до процедур здійснення установчої влади, матеріальних принципів і обмежень – це неодмінна ознака плюралістичності цієї теорії, що, до речі, також несе в собі ризик зловживань. Водночас така плюралістичність є неминучою і постсуверенна теорія намагається хоч якось це усунути. Постсуверенна теорія близька до ідей матеріальної конституції, розуміння конституції не лише як тексту, нових моделей демократичної легітимності (за П.Розанваллоном).

Ризик постсуверенної теорії – повернення до того, від чого свого часу установча влада історично відійшла, замінивши ідею договору між монархом і станами на суверенну владу народу. Влада певних груп, каст завжди має свої ризики. Але водночас договірні механізми, мабуть, не повинні списуватися і можливо якраз шляхом постсуверенної теорії договірні і горизонтальні елементи «повертають своє» в конституційні теорії. Якщо суспільства вже навчилися використовувати ці інструменти на благо, то варто це робити, а не

категорично відмовлятися. Крім того, постсуверенна теорія використовує такі «пакти» як доповнення до інших механізмів, а не як самостійне джерело легітимності.

2.4. Збереження конституційного континуїтету vs конституційна революція

Із самого початку проблематика установчої влади, як ми з'ясували, виникла у зв'язку із необхідністю правовим шляхом легітимізувати відхід від існуючих процедур для ухвалення конституції. В подальшому, коли конституції стали поширеним явищем, установча влада зберегла за собою цю роль, проте вона перестала бути домінуючою і зросли позиції того, що часто називають «інституційна установча влада».

Ми свідомі того, що революційне тлумачення, як нами було продемонстровано, може бути пов'язане зі зловживаннями установчої владою популістськими режимами. Саме з огляду на це представники постсуверенної теорії сьогодні намагаються обґрунтувати поступовий конституційний процес зі збереженням правонаступності. Вчення про інституційну установчу владу також покликано стабілізувати конституцію, уникнути розриву континуїтету при прийнятті нової конституції або внесенні змін до чинної. З іншого боку, вочевидь, все ж існують випадки, коли сам історичний хід подій і та швидкість трансформації, яка вимагається, не може обійтися без радикального розриву із минулим. Це питання конституційної революції. Та водночас нічого поганого немає і в континуїтеті (континуїтетом часто називають наступність).

Відповідниками терміна «Континуїтет» *Kontinuität* (нім.), *continuité, continuellement/continûment* (фр.) є: тривалість, тривання, повсякчасність, неперервність, безперервність [543, с. 264]. Досить часто цей термін використовується в міжнародному праві, де, як зазначає О.В. Тарасов, є дискусія щодо

співвідношення понять континуїтет, правонаступництво, продовжуваність [756, с. 260, 261]. Проблема можливості повалити конституцію всупереч чинній конституції в аспекті проблеми континуїтету почав розглядати ще К.Шмітт [377, s. 92].

В українській науці конституційного права значну увагу проблематиці континуїтету приділяє М.В. Савчин. Хоча вчений справедливо зазначає, що поняття континуїтету більше розроблено у міжнародному праві, однак воно вживається інтенсивно і в конституційній доктрині. Варто погодитися також і з тим, що проблема континуїтету пов'язана із безперервністю правової системи, а звідси й державності [723, с. 82]. М.В Савчин виокремлює державний континуїтет, територіальний континуїтет, правовий континуїтет [724, с. 101-103]. Вчений доводить, що «континуїтет будь-якої країни ґрунтується на національній конституційній традиції» [724, с. 100]. На базі поглядів, які формує про континуїтет М.Савчин і інші дослідники, на нашу думку, доцільно виокремлювати формальний і матеріальний аспекти континуїтету. У формальному значенні йдеться про дотримання попереднього права з точки процедурних аспектів при прийнятті нових норм, створення нової конституції або внесенні змін до чинної. У матеріальному значенні континуїтет прив'язаний до певних принципів або, як пише М.В. Савчин, конституційної традиції (саме звернення до конституційної традиції у М.В. Савчина є ключовим).

Отже, вважаємо, що континуїтет конституції, на наш погляд, можна розглядати в двох аспектах: формальному і матеріальному. Що стосується формального аспекту, то йдеться виключно про дотримання процедури ухвалення нової конституції. Якщо вона дотримується – формальний континуїтет зберігається. Якщо ні, – то він втрачається і відбувається розрив. Також варто виокремити матеріальний континуїтет щодо принципів і норм. Незалежно від дотримання формальних правил щодо прийняття тексту конституції, певні ключові положення можуть зберігатися, тому щодо таких положень зберіга-

ється змістовний континуїтет. Може бути і протилежна ситуація – дотримання формального континуїтету при прийнятті конституції або внесенні змін до чинної може сутнісно позначати повний розрив із попередніми принципами.

Як вказують французькі вчені, справжні політичні потрясіння можуть призвести до скромного перегляду конституції, а прийняття абсолютно нової Конституції може бути вираженням глибокої спадкоємності владних відносин. Більше того, «нова Конституція» може бути лише переглядом старої, а «невелика» модифікація конституційного тексту може приховати революцію в юридичному розумінні цього слова [170, р. 111].

На думку Я. Рознаї, важливим є зміст поправки, а не її кількість. Поправка до єдиного положення може вважатися революційною зміною, тоді як перегляд усієї конституції все ще може підтримувати її основні конституційні принципи [356, р. 155-156]. Дійсно, зміни можуть бути досить радикальними (Угорщина у 1989 р.), а цілком нові конституції ї зберігати майже все з конституції старої (такі випадки описує Є.В. Черняк [793, с. 251]).

Щодо зв'язку конституційного континуїтету і державного, то, як писав К. Шмітт, політичне утворення в цілому може продовжувати існувати, незважаючи на зміни та доповнення до конституції [377, с. 93]. З іншого боку, досить унікальним в цьому плані є досвід балтійських країн, які не визнали державний континуїтет щодо радянських республік, які існували на їх території. Натомість був відновлений державний і правовий (у тому числі конституційний) континуїтет із порядком, що існував до окупації. Там континуїтет (формальний і матеріальний) щодо радянських конституцій був порушений і одночасно відновлювався континуїтет щодо доокупаційних конституцій.

В практиці зарубіжних країн трапився досить оригінальний випадок, пов'язаний із формальним континуїтетом угорської конституції. При прийнятті конституції у 2011 році була дотримана процедура прийняття нової конституції (хоч і з певними нюансами, зокрема, попередньо було змінене саме пра-

вило вимогу чотирьох п'ятих голосів депутатів парламенту на вимогу у дві третини голосів). Проте в самому тексті конституції зафіксований не просто матеріальний розрив із попередньою конституцією, а її недійсність.

Так, в національному кредо (вступі, преамбулі) Основного Закон Угорщини від 25 квітня 2011 р. сказано, що відновлення державного самовизначення, втраченого дев'ятнадцятого березня 1944 року, відраховується від другого травня 1990 року – дня створення першого вільно обраного народного представництва [655, с. 126]. Проте, на відміну від балтійських країн, час для цієї заяви був втрачений.

Крім того, в національному кредо (вступна частина, по суті, преамбула Основного закону Угорщини 2011 року) сказано: «Ми не визнаємо комуністичну конституцію 1949 року, оскільки вона слугувала основою для тиранічного правління; тому ми оголошуємо її недійсною». Для правознавців положення про заперечення наступності являє собою серйозну правову головоломку, оскільки Основний закон 2011 року був прийнятий у відповідності до Конституції 1949 року, яка в 1989 році була істотно перероблена. Як вказує Р. Уітц, щоб подолати це очевидне правове ускладнення, спеціалісти по конституційному праву пропонують вважати статтю Національного кредо про заперечення наступності випадком «просто політичної риторики», що не впливає на формальну конституційну наступність. На практиці аргумент відсутності конституційної наступності всерйоз не піднімався, оскільки одночасне знищення цілої правової системи призвело б до невирішуваних правових і практичних проблем [417].

Питання безперервності ідентичності є вкрай важливим не тільки для окремо взятої конституції, а також для правової системи в цілому. Дж. Раз справедливо запитує: «Чи припиняють, наприклад, революції, перевороти або декларації незалежності існування однієї правової системи і чи сповіщають вони про появу нової?» [347]. Як правило, конституції містять перехідні

положення і вони не скасовують усе право, яке діяло до набуття чинності конституцією. Адже немає жодного сенсу робити такий тотальний розрив із попереднім правом, тим більше якщо конституція при процедурному розриві із попередньою конституцією, розриває також матеріальний континуїтет лише точково. Особливо шкідливим буде повний розрив в приватному праві, в публічному праві такий розрив допустимий в розумних межах, проте теж може шкодити і призводити до зловживань.

Наведемо приклади таких зловживань. Найбільш гострим, як правило, є питання про строки повноважень органів влади, статус і повноваження яких змінюються при прийнятті нової конституції або внесенні змін до чинної. У зв'язку з цим можливий варіант спеціального внесення змін до конституції або прийняття нової конституції з метою легітимізувати припинення повноважень якогось органу або, навпаки, продовжити повноваження органу чи посадової особи на певній посаді (посту). Іноді такі наслідки не є єдиною метою прийняття конституції або конституційних змін, а є, так би мовити, приємним бонусом.

Так, відповідно до нової редакції Конституції Республіки Білорусь, що набрала чинності після референдуму, всі раніше діючі органи центральної влади припинили своє існування, за винятком Президента, який у відповідності з ст. 144 Конституції не лише зберігав свої повноваження, а й «обнулив» їх строк. Це означало, що строк президентських повноважень починає відраховуватися з моменту вступу в силу нової Конституції, а період з 10 липня 1994 р. по 26 листопада 1996 р. до них не зараховується [440]. Т.з. «обнуління» президентських строків відбулося у 2020 році у РФ внаслідок внесення змін до Конституції. Такого роду маніпуляції є доволі поширеними, із цього приводу існує ряд досить ґрунтовних досліджень [45; 148; 254; 262; 427].

Як зазначає Венеційська комісія в Доповіді на 81-му пленарному засіданні (Венеція, 11-12 грудня 2009 р.) «Про конституційні зміни» (п. 21), якщо зміна чинних конституцій та прийняття нових конституцій здійснюється у порядку, встановленому у попередніх, то це випадки, коли зберігається конституційна наступність. Існує багато прикладів нових політичних порядків, які були введені в силу абсолютно нових конституцій шляхом конституційної наступності, дотримуючись положень про поправки, передбачені старими конституціями. Це спосіб, у якому конституційні зміни мали місце практично у всіх нових демократіях Центральної та Східної Європи у 1990-х роках. Загалом, Комісія цілком підтримує принцип «конституційного континуїтету», згідно якого навіть нова конституція має прийматися відповідно до встановленої процедури внесення змін до чинної конституції – таким чином забезпечуючи стабільність, законність та легітимність нової системи (п. 68) [348].

Важко погодитися із А. Стрижаком, який по суті заперечує інституційну установчу владу в частині прийняття нової конституції і надаючи таку можливість лише первісній (революційній) установчій владі. На його думку, прийняття нової конституції «суперечить ідеї континуїтету (безперервності) конституційного порядку» [754, с. 19]. Ця теза спростовується практикою багатьох країн, які регулюють в самих текстах конституцій порядок ухвалення нової конституції (а не внесення змін) і про жодну революцію або якісь проблеми в цьому разі з континуїтетом навряд чи можна говорити (принаймні в процедурному плані). Хоча, дійсно, таке регулювання існує далеко не скрізь. Серед відповідних причин є намагання забезпечити стабільність конституції (що, цілком логічно, навпаки, в разі потреби, може наштовхнути на конституційну революцію).

З одного боку, дійсно, як пише А.Шайо, народження революційних конституцій «незаконне»: ті, хто пише конституцію у революційний час, часто не мають для цього формальних повноважень [366]. Проте правда полягає

і в тому, як пише Й.Ізензее, що якщо є конституція, установча влада вирішує, чи слід замінити конституцію новою і за яких умов. При цьому вона не обов'язково повинна мати «позаконституційний» характер, оскільки навіть дієва конституція сама може заявити про втрату її чинності або навіть визначити умови її закінчення. Таким чином, чіткі норми установчої влади не є чужими конституційним текстам [226, s. 54].

Ми вважаємо недостатньо обґрунтованою позицію, яка заперечує сам факт розриву континуїтету при революції. Так, стверджується, що установча влада в моменти політичного переходу стає своєрідним фокусом, способом повідомити, що юридична влада не розривається, оскільки в революційний момент люди піднімаються, щоб взяти державну владу в свої руки і створити власне політичне майбутнє до того, як їм вдалося створити нові інститути самоврядування. Отже, ідея установчої влади сигналізує про те, що політичної порожнечі ніколи не буває і що єдиним типом легітимного уряду, сформованого з цього моменту, буде уряд із демократичним родоводом [305, p. 163].

Справа в тому, що установча влада тут якраз, хоч і виступає певним рятівником від хаосу, тобто юридичною легітимацією нового порядку, проте однозначно ніяким не способом повідомити про відсутність розриву. Можна говорити про наступність лише в хронологічному плані як заміну одним правопорядком іншого. Проте послідовність подій у часі ніяк не свідчить про відсутність розриву, скоріше йдеться про відсутність вакууму влади і права у зв'язку із наявністю такого рятівного джерела легітимності нового порядку як установча влада. Ось в такому ключі ми дійсно можемо оцінювати революційний спосіб здійснення первісної установчої влади.

Конституції, як правило, оперують терміном «поправка», «внесення змін», проте набагато рідше «нова конституція», «перегляд конституції».

Як зазначається, терміни «перегляд» (“revision”) і «поправка» (“amendment”) мають різні конотації в кожному правовому порядку: «перегляд» вказує на значну конституційну перебудову, тоді як «поправка» вказує на менші втручання; або «перегляд» означає офіційну зміну та «поправку» або офіційну, або неформальну зміну, тоді як звичайні юристи відчують себе набагато комфортніше з поняттям «зміна» (“change”) [163, р. 3].

В. В. Лемак оперує поняттям «реформа», яка є розгортанням конституційних принципів і відмежовує її від створення конституції в координатах установчої влади, з одного боку, а з другого від 1) локальних змін до конституції шляхом уточнення формулювань норм, які не впливають на фундаментальні правила, що становлять матеріальну сутність конституції; 2) діяльності, де-факто спрямованої на заперечення базових конституційних принципів (верховенства права, незалежності суддів тощо) [624, с. 26]. Водночас реформа частіше – суто теоретична конструкція. Конституції оперують поняттями «зміни», «поправка», «перегляд», «прийняття нової конституції» (дуже рідко – прийняття нової редакції конституції). Отже, якщо ми кажемо про перегляд, то маємо на увазі нову конституцію, якщо про зміни – то лише про внесення змін. Варто розуміти, що лише з наявності порядку внесення змін до конституції не можна виводити процедуру прийняття нової конституції, оскільки це цілком різні ситуації. До цього питання ми ще повернемося.

До речі, в ряді країн поширеним є поняття «викладення конституції в новій редакції». Цікаво, що такий крок може бути пов'язаний із використанням процедури внесення змін для прийняття нової редакції, а іноді самі конституції передбачають такий механізм. Тобто це не завжди є маніпуляцією шляхом використання процедури внесення змін для прийняття по суті нової конституції. Так, 23 жовтня 2007 року було ухвалено Закон Киргизької Республіки № 157 "Про нову редакцію Конституції Киргизької Республіки" [550]. 5 травня 2021 року був ухвалений Закон Киргизької Республіки № 59

Про Конституцію Киргизької Республіки, відповідно до статті 1 якого було передбачено Конституцію Киргизької Республіки викласти у новій редакції [551]. Нині також відповідно до чинної Конституції Киргизстану від 5 травня 2021 року № 59 2021 року (ч. 7 ст. 117) зміни та доповнення до Конституції можуть передбачати ухвалення Конституції у новій редакції [552]. В Узбекистані з 1 травня 2023 року набрав чинності Конституційний закон «Про Конституцію Республіки Узбекистан, ухвалений на референдумі 30 квітня, – від дня оголошення остаточних результатів референдуму Центральною виборчою комісією з 1 січня 2023 року». Цим законом ухвалено нову редакцію Конституції Республіки Узбекистан. В Україні така спроба у 2009 році виявилася невдалою (йдеться про законопроект Президента Ющенка про викладення Конституції України в новій редакції від 31 березня 2009 року за № 4290, формальна назва «Проект Закону про внесення змін до Конституції України»). До питання нової редакції КУ ми ще повернемося у четвертому розділі.

Ж. Колон-Ріос пропонує концепцію слабого конституціоналізму, який якраз і наголошує на прямій необхідності давати народу в необхідних випадках право на установчу владу і, відповідно, регулювати процедурно її здійснення. Він вказує, що визнаючи необхідність збереження конституційного режиму постійно відкритим, конституційний режим характеризувався б механізмами, які мають на меті сприяти здійсненню установчої влади, наприклад, Установчих зборів, скликаних «знизу». Коли відбуваються фундаментальні конституційні зміни, відбувається повторна конституція (реконституція, re-constitution) і потрібне здійснення установчої влади. Конституційний режим, який прагне сприяти майбутньому здійсненню установчої влади шляхом прийняття типів механізмів, рекомендованих слабким конституціоналізмом, відповідатиме основній умові демократичної легітимності (сприйнятливість до демократичної реконституції). Однак, щоб бути скликаними, ці ме-

ханізми потребують громадянства, яке через неформальну політичну практику створює середовище для активізації установчої влади [98, р. 187].

Ідея наступності повністю співзвучна теорії постсуверенної установчої влади Е. Арато. Його модель, як правило, уникає як правового, так і інституційного природного стану. Усі відповідні випадки від Іспанії до Південної Африки не передбачають юридичного розриву між старим режимом і новим [24, р. 80]. Наскільки поширеними є випадки створення нових конституцій із дотриманням процедурного континуїтету? А. Шайо стверджує, що великою рідкістю, навіть поза революційними ситуаціями, є створення цілком нової конституції відповідно до приписів старої, іншими словами, на основі визнання законності попередньої конституції [366].

Насправді постсуверенна теорія власне наводить багато таких прикладів, починаючи з Іспанії і ПАР і завершуючи більш сучасними (і навіть невдалими, як, наприклад, Ісландія або Чилі). Які ще приклади можна навести? Можна звернутися до відповідної практики, а також ще нереалізованих норм, які регулюють дотримання такого континуїтету.

Швейцарія просунулася особливо далеко в «процесуалізації» конституційного процесу, оскільки вона розробила фіксований канон письмових процедурних правил для «повного перегляду» [213, s. 38]. В чинній Конституції Швейцарської конфедерації передбачений повний і частковий перегляд. (ст. 192-195) [618, s. 79-80]. По суті, повний перегляд і означає прийняття нової конституції.

Існують досить оригінальні норми, як, наприклад, у ФРН. В контексті дотримання континуїтету цікавим є тлумачення ст. 146 Основного Закону ФРН : «Цей Основний Закон, який з моменту досягнення єдності і свободи Німеччини поширюється на весь німецький народ, припиняє свою дію в той день, коли набирає чинності Конституція, вільно прийнята німецьким народом [656, с. 243]. Як вказує Й.Ізензее, єдиний спосіб юридично замінити Ос-

новний Закон новою Конституцією – це стаття 146 Основного Закону. Отже, здійснення первісної установчої влади як революційного акта та юридична заміна Конституції мають бути чітко розділені [226, s. 77].

Інше питання – як це можна реалізувати, оскільки на сьогодні порядок такого вільного прийняття німецьким народом нової конституції не врегульовано. До речі сама ст. 146 Основного закону ФРН первинно містила інші акценти. До об'єднання Німеччини у 1990 році у ній було сказано: «Цей Основний Закон втрачає свою чинність у день набуття чинності конституції, яка була вільно прийнята німецьким народом.» [210].

Як писав Д.Мурсвік, преамбула Основного Закону та стаття 146 як його заключна стаття були тісно пов'язані: обидві утворюють рамки, які охоплюють Основний Закон як з точки зору часу, так і з точки зору його мети [311, s. 101].

Після досягнення відповідної єдності без прийняття нової конституції (вочевидь, первинно досягнення єдності, як вважалося, мало супроводжуватися створенням нової конституції) виникає риторичне питання: навіщо ст. 146 залишилася, якщо вона стала непотрібна у 1990 році? Виходить, що ідея нової конституції зберігається, вже поза об'єднаним контекстом. Проте як конкретно вона має реалізовуватися так достеменно і залишається незрозумілим¹⁰. Причому одним із питань, яке залишається досить дискусійним, є те, чи поширюється ч. 3 ст. 79 Основного закону (яка встановлює т.з. вічні положення – клаузулу/формулу незмінюваності) на процес прийняття нової конституції [334, s. 119].

В яких конституціях також встановлена процедура ухвалення нової конституції (повного перегляду чинної)? Відповідно до ст. 82 Конституції Чорногорії парламент приймає Конституцію [617, с. 294]. Про нову конституцію

¹⁰ Про статтю 146 Основного Закону ФРН детальніше див.: [159].

згадується у частині сьомій конституції – «Зміна конституції». Причому відповідно до ст. 155 пропозиція про зміну конституції може включати окрім змін чи доповнень окремих положень Конституції пропозицію щодо прийняття нової конституції [617, с. 320]. Важливо розуміти, що пропозиція і сам текст (проект) нової конституції, виходячи із специфіки регулювання в Конституції Чорногорії – це не одне й теж. Далі йдеться про розробку проекту змін за умови підтримки пропозиції про зміну. Водночас не зовсім зрозуміло, чи охоплюється проектом змін і законом про зміну Конституції (ст.156) [617, с. 320-321] й можливість прийняття шляхом цього механізму нової конституції. На перший погляд, так видається, що Конституція окрім пропозиції, детально розробку і порядок прийняття нової конституції не регулює. Це питання вочевидь потребує додаткового дослідження.

Відповідно до ч. 2 ст. 287 Конституції Португалії новий текст Конституції публікується разом із законом про її перегляд [598, с. 314]. Про процедуру ухвалення нової конституції сказано у §73 Конституції Фінляндської Республіки. Максимально спрощений порядок ухвалення Основного Закону Угорщини: відповідно до ч. 2 ст. S розділу «Основні положення» для ухвалення або внесення змін до Основного Закону необхідно, щоб за це проголосувало не менше двох третин від загального числа депутатів Державних Зборів [655, с. 132].

Ухвалення нової конституції врегульовано в конституції Болгарії. Таке ухвалення віднесено до повноважень Великих народних зборів (по-суті Установчих зборів), які скликаються для цього спеціально Народними зборами (ст. 157-163) [585, с. 63-64]. Право на ініціативу має не менше однієї другої представників і Президент. Проект нової Конституції розглядається Народними зборами не раніше ніж через два місяці і не пізніше п'яти місяців після його подання. Народні збори вирішують питання про проведення виборів до Великих народних зборів більшістю в дві третини від загального числа

народних представників. З проведенням виборів до Великих народних зборів повноваження Народних зборів припиняються. Великі народні збори ухвалюють рішення щодо внесених проєктів більшістю в дві третини народних представників трьома голосуваннями в різні дні. Великі народні збори вирішують тільки ті питання Конституції, для яких вони обрані. У невідкладних випадках Великі народні збори виконують функції Народних зборів.

Повний перегляд згадується в Конституції Іспанії (ст. 168) [592, с. 157-158], Австрії (ч. 3 ст. 44 Федеральної конституції) [66]. В Австрії, до речі, він має значну специфіку. У конституції Венесуели 1999 ст. 347-350 у главі III розділу IX врегульовано діяльність Національної конституційної асамблеї. У ст. 347 сказано, що «народ Венесуели є носієм первинної установчої влади. Здійснюючи зазначені повноваження, він може скликати національні установчі збори з метою трансформації держави, створення нової правової системи та розробки нової Конституції». В цьому плані це досить рідкісний випадок, коли в тексті конституції згадується установча, причому конкретний її різновид – первинна (ісп.: *poder constituyente originario*). Це досить дискусійне питання, чи може здійснюватися саме первинна (оригінарна) установча влада без розриву процедурного континуїтету, будучи врегульована в самій конституції. Тим не менше факт залишається фактом і його причини – історичне рішення Верховного Суду 1999 року, що дозволив тоді Чавесу спертися на первинну установчу владу і скликати Установчі збори (навіть без прямо врегульованої процедури).

Відповідно до ст. 30 Конституції Аргентини вона може бути повністю або частково змінена [312]. Відповідно до ст. 94 Конституції Князівство Монако повний або частковий перегляд цієї конституції можливий за спільної згоди Князя та Національної Ради [590, с. 258]. Відповідно до ст. 105 і 106 Конституції Князівства Андорра перегляд конституції здійснюється Генеральною радою більшістю у дві третини її членів. Рішення про перегляд негай-

но виноситься на ратифікаційний референдум. Співправителі санкціонують новий конституційний текст з метою його промунгації та набрання чинності [589, с. 54-55].

Незважаючи на формальну урегульованість процедури і дотримання процедурного континуїтету, все одно ухвалення нової конституції (повний перегляд), забезпечує розрив ідеологічний, інституційний символічний, історичний, політичний. Наприклад, при ухваленні нової конституції скоріше за все відбудуться вибори нових органів влади, можуть змінитися матеріальні принципи тощо.

Наскільки часто вказані вище процедури повного перегляду реально застосовуються? Маємо розуміти, що процес прийняття нової конституції – річ непересічна, а у випадку дотримання континуїтету, як правило, не стоїть питання про якийсь революційний момент, що стає відповідним поштовхом для серйозної реформи. Тобто це має бути результат накопичення досвіду і системна робота щодо прийняття нової конституції. Так, Ю.Г. Барабаш детально описує конституційну реформу у Фінляндії, результатом якої стало ухвалення 11 червня 1999 р. нової Конституції, а також прийняття у 1999 р. Конституції Швейцарії [458, с. 49-51]. Обидва процеси відбувалися із дотриманням конституційного процедурного континуїтету, тобто відповідно до чинних процедур.

Досить специфічним був досвід Іспанії, який ми вже аналізували, наводячи її приклад як «пактованої» конституції і один з яскравих випадків реалізації постсуверенної теорії установчої влади. Матеріальний континуїтет щодо певних принципів попередньої конституції може теж бути збережений сам по собі, як певний неписаний консенсус еліт. Проте можливий варіант, коли на орган установчої влади покладається прямий обов'язок щодо його збереження. В такому випадку ми отримуємо несуперенний орган установчої влади, якому попередньо нав'язуються певні принципи. Конституції намагаються

захистити також матеріальний континуїтет навіть при прийнятті нової конституції, зв'язавши укладачів певними принципами. Такі випадки зустрічаються не так часто, проте вони існують (наприклад, Конституція Швейцарії зв'язує незмінюваними положеннями як прийняття нової так і внесення змін до чинної конституції). До ролі незмінюваних положень при прийнятті нової конституції ми же повернемося у наступному розділі.

Можна згадати також Закон № 27600 від 16 грудня 2001 р. Республіки Перу, який передбачав проведення конституційної реформи, яка враховувала “історичну конституцію” країни. Конституційність цього закону була оскаржена (з причини віднесення до Конгресу установчих функцій). У своєму рішенні Конституційний трибунал Перу (Рішення від 21 січня 2003 р. № 014-2002- AI/ TC, пункти. 37, 129) визначив основний зміст історичної конституції в положеннях конституційного тексту, що визнає народний суверенітет, республіканську та представницьку форму правління та захист основних прав. Серед аргументів, наведених на підтримку конституційності закону, було зазначено, що в тій мірі, в якій він вимагає від Конгресу поваги до історичної конституції, закон не дозволить цьому органу створити абсолютно новий конституційний лад (тобто втрутитися у юрисдикцію) установчої влади) [97, р. 186].

Деякі конституції у своєму тексті підкреслюють матеріальний континуїтет (наступність конституційної традиції за М.В. Савчиним) тих чи інших принципів у своїх преамбулах. Тим самим їх автори намагаються показати, що була збережена наступність певних матеріальних принципів (в основному – щодо державного континуїтету). Так, Перший розділ Конституції Хорватії має назву «Історичні основи» і в ньому викладена детально історія державності хорватського народу [606, с. 194-196]. Досить детально виписане і національне кредо (вступ, преамбула) Основного Закону Угорщини від 25 квітня 2011 р. [655. С. 126].

Варто наголосити на такій проміжній формі, яка знаходиться між простими змінами і прийняттям нової конституції (т.з. «повним переглядом»). Це – частковий перегляд.

Термін «частковий перегляд» поряд із повним застосовується у Швейцарії (ст. 192-194 Конституції). На відміну від поправок, повний або частковий перегляд зарезервований для змін, які зачіпають найважливіші конституційні структури чи домовленості, і не можуть бути прийняті без дотримання дуже вимогливих процедурних вимог [223, р. 36].

В Австрії будь-який повний перегляд (*Gesamtänderung*) Федеральної конституції, а також частковий перегляд (*Teiländerung*), якщо цього вимагає третина членів Національної ради або Федеральної ради, має бути предметом голосування всього федерального народу (ч. 3 ст. 44 Федеральної конституції) [66]. Натхненні швейцарським федеральним прикладом, наведеним Кельзенем у його пропозиціях, виборці 1920–1929 років у конституційному порядку Австрії встановили різницю між частковим переглядом і повним переглядом Конституції. Цей поділ, контури якого важко визначити і він який досі є предметом дебатів [266].

Справа в тому, що повний перегляд в Австрії – це не нова конституція, а те, що в інших країнах називається частковим переглядом. А от частковий перегляд в Австрії – по суті, звичайні зміни до Федеральної конституції (яка до речі має значну специфіку, оскільки не є кодифікованою, тобто це зміни саме до базового конституційного закону).

У Конституції Іспанії (ст. 168) згадується повний і частковий перегляд, який відбувається за однією процедурою. Коли вноситься пропозиція про повний перегляд Конституції або про частковий перегляд, що стосується вступного розділу, глави другої, частини 1 розділу 1 або розділу 2, необхідне схвалення більшістю двох третин від загального числа членів кожної палати та негайний розпуск Генеральних кортесів. Новообрані Палати затверджують

рішення про перегляд і приступають до обговорення нового тексту Конституції, який вважається схваленим, якщо за нього проголосувала більшість не менше двох третин від загального числа членів кожної з Палат. Схвалений Генеральними кортесами текст реформи Конституції виноситься на референдум для його ратифікації [592, с. 157-158].

У Болгарії у ст. 153-163 Конституції розмежовується процедура внесення звичайних змін і доповнень (які можуть внести Народні збори). Окремо врегульовано ухвалення нової Конституції, а також зміна форми державного устрою і державного управління, зміна пунктів 2 і 4 статті 5, пункти 1 і 3 статті 57, зміна і доповнення глави дев'ятої (компетенція Великих народних зборів) [585, с. 62-64]. Формально – зміни форми державного устрою і державного управління, а також поіменованих пунктів – це все не є ухваленням нової конституції (повний перегляд). Але, як ми бачимо, за процедурою, він максимально наближений до нього.

У третьому розділі ми детальніше покажемо цей феномен, який можна пов'язати із багаторівневим конституційним дизайном (за Р.Діксон і Д.Ландау). Тобто йдеться про те, що певні фундаментальні норми конституції передбачають більш складну процедуру зміни. В якості альтернативи такому підходу (або в якості доповнення) практикується підхід врегулювання т.з. формул незмінюваності або незмінюваних положень, які якраз і прагнуть захистити чинну конституцію від радикального розриву матеріального континуїтету.

Тут варто згадати, як К. Шмітт пояснював позитивне визначення конституції як рішення установчої влади про тип і форму політичної єдності. Якраз ці фундаментальні положення і зачіпають це рішення. Не обов'язково переписувати весь текст, достатньо висмикнути з нього фундаментальні речі і ми отримаємо «нову конституцію» в матеріальному значенні, де будуть змінені найважливіші положення.

Як вказує Р.Альберт, різницю між поправкою (amendment) і переглядом (revision) має теоретичні коріння, іноді відбивається у конституційному тексті, але зрештою визначається політичною практикою. Як поправка, так і перегляд є різновидом змін конституції. Перегляд означає фундаментальні зміни в конституції, що зазвичай вимагають більш складної процедури, ніж поправка, для якої допустимо нижчий поріг консенсусу і яка використовується для вузьких уточнень, які не мають на меті глобальних перетворень [9]. Такого роду дозвіл часткового перегляду дає можливість замість ухвалення нової конституції, залишити чинною попередню, але змінити її ключові положення.

Г.Галмаї зазначає, що більшість конституцій містить лише положення, що стосуються внесення змін до існуючого документа, а про формальні вимоги його всебічного перегляду, не кажучи вже про прийняття нової конституції, мовчать [223, р. 10]. Дійсно, певною мірою є логічним, коли демократична конституція прагне зберегти саму себе, не передбачаючи випадки своєї ліквідації і заміни. Таким шляхом йде більшість країн, крім деяких винятків, про які ми вже згадували. Виникає питання: чи буде процедурним розривом континуїтету прийняття нової конституції, якщо в попередній конституції це питання (прийняття такої нової конституції) не було врегульовано? Вважаємо, що так. Особливо хочемо підкреслити: процедура внесення змін не може бути витлумачена як процедура прийняття нової конституції.

Як зазначає А.Барак, без спеціальних матеріальних положень і без формул вічності виникає питання, чи саме вживання терміну "зміни" до Конституції випромінює змістовне значення. Чи не можна сказати, що термін "поправки" вказує на те, що змінений документ залишається чинним? Відповідно до такого підходу, положення про внесення змін до Конституції не може служити джерелом для створення нової Конституції [42, р. 334]. Як вказує Г.

Галмаї, повноваження вносити зміни до Конституції не охоплюють повноважень щодо прийняття нової [223, р. 32].

Ми звичайно пам'ятаємо також про розглянутий нами вище частковий перегляд (це явище дійсно не є дуже розповсюдженим із такою назвою, хоч більш складна процедура для внесення змін фундаментальних положень закріплюється доволі часто). Проте одного лише часткового перегляду (якщо закріплений лише він) теж недостатньо.

Якщо в конституції йдеться лише про зміни або частковий перегляд, а не прийняття нової конституції (повний перегляд, як варіант – нова редакція конституції), то ухвалення нової конституції із дотриманням формального конституційного континуїтету неможливе. Зрозуміло, що формальний підхід має свої недоліки – ми вже зазначали про те, що зміни можуть бути настільки радикальні, що це створить досить суттєвий розрив континуїтету у змістовному значенні при збереженні континуїтету формального.

Крім того, із нашої тези практика демонструє винятки. Досить показовий приклад Люксембургу, який водночас і підтверджує, і спростовує нашу тезу. Стаття 114 Конституції Люксембургу 1848 року стосувалася лише правила поправки [425]. Після того, як перегляд конституції Люксембургу спочатку провалився, після 2018 року у парламентському комітеті на чолі з Ді Бартоломео було знайдено консенсус: депутати домовилися не переглядати весь текст Конституції одночасно, а розділити реформу на чотири закони. Нова конституція набула чинності 1 липня 2023 року.

Як зазначає Венеційська комісія, (п. 10 Висновку CDL-AD(2019)003) Швейцарія, радикально змінила структуру існуючого тексту для створення нової конституції, не змінюючи суттєво зміст. Інші країни внесли лише кілька конституційних поправок, тлумачачи старий текст у відкритий спосіб, або, як Норвегія, внесли значні зміни шляхом часткових поправок до Конституції, якій тепер 200 років, у поєднанні з неписаними конвенціями [323]. В кон-

тексті Люксембургу Венеційська комісія називає політичним вибором установчої влади Люксембургу в межах фундаментальних принципів Ради Європи – демократії, прав людини та верховенства права – рішення, чи є має бути повним переглядом або одним чи кількома частковими переглядами (п. 12 висновку). Таким чином, Венеційська комісія не бачила перешкод у повному перегляді, проте на практиці вийшло легше зробити оновлення в чотири етапи поправок.

Приклад використання процедури внесення змін для прийняття нової конституції знаходимо у Киргизстані. Так, наприклад, спочатку 8 листопада, а потім (вдруге) 30 грудня 2006 р. там був ухвалений Закон «Про нову редакцію Конституції Киргизької Республіки». До речі, саме цей закон був визнаний неконституційним 14 вересня 2007 року з процедурних причин. Венеційська комісія у своєму висновку CDL-AD(2007)045 питання правомірності прийняття нової редакції оминула [322].

Водночас можна констатувати, що прикладів розриву процедурного і матеріального континуїтету при прийнятті конституцій набагато більше, ніж прикладів його збереження. Такі випадки теж варто аналізувати для виявлення загальних закономірностей. Назвемо лише декілька.

Звернемося до кейсу ФРН. Як вказує А.Шайо, причинами невідновлення Веймарської конституції в 1949 році були не тільки питання суверенітету. Було спільне переконання, що недосконалість Веймарської політичної системи необхідно виправити [367, р. 341]. Розрив Основного Закону ФРН 1949 року із континуїтетом щодо Веймарської конституції описує Т.Маунц [301].

Чинна конституція Франції була ухвалена із розривом правонаступності, тобто не у відповідності до процедури, встановленої в Конституції 1946 року (Четвертої республіки). Це питання детально аналізує Ю.Г. Барабаш [453, с. 167; 458, с. 55].

У 1958 році під тиском армії, у момент глибокої кризи через деколонізацію (тобто втрату колоній) генерал Шарль де Голль отримав мандат на формування уряду. Він прийняв це за умови, що його уряду буде дозволено написати нову конституцію, яка потім буде винесена на референдум [369, р. 59]. І хоча в цьому законі визначався не тільки порядок підготовки, розгляду і прийняття Конституції, а й принципи, що мали бути покладені в основу її змісту, парламент тим самим фактично відсторонився від здійснення належних йому відповідних повноважень, – проєкт нової Конституції розробила група експертів на чолі з міністром юстиції, якого відносили до близького оточення Ш.деГолля [614, с. 6]. Де Голль отримав мандат 1 липня 1958 року за умови дотримання певних принципів. 28 вересня 1958 р. за Конституцію П'ятої Республіки було подано 82,6% голосів (при явці 79,8% від загального числа виборців) [369, р. 59]. Якщо кейс ФРН будувався на створенні конституції (Основного Закону) після окупації, коли старі норми просто перестали діяти, то кейс Франції можна охарактеризувати як конституційну революцію (тобто порушення формальних правил прийняття Конституції, хоч при цьому треба теж пам'ятати, що Франція була постокупаційною державою).

Загалом, як пише Е.Арато, кажучи історично, створення суверенної конституції та сучасні політичні революції мали дуже тісний взаємозв'язок. Вони пов'язані між собою не лише через принцип легітимності, що базується на народному суверенітеті, але й через правовий розрив [26, р. 105]. Як зазначає Г.-П.Шнайдер, будь-яке здійснення установчої влади, що не врегульовано самою конституцією, а розвивається доконституційно, тобто елементарно і стихійно, обов'язково має революційний характер [226, s. 77]. З формальної точки зору, як писав К. Шмітт, легітимність конституції не означає, що конституція була створена згідно з попередніми конституційними законами. Така ідея була б абсолютно абсурдною [377, s. 88].

До речі, нагадаємо, що континуїтет може бути не лише процедурний, а й змістовний. Чи можливий розрив змістовного континуїтету без розриву процедурного, і щоб це ми могли кваліфікувати як конституційну революцію? Ситуацію дотримання процедурного континуїтету, проте розриву континуїтету змістовного описує М.Ташнет. Він вказує, що не всі конституційні революції мають насильницький характер, а деякі з них можуть проходити в існуючих правових формах [414].

Концепт конституційної революції охоплює також випадки розриву матеріального континуїтету без формальних змін тексту. Йдеться про неформальні зміни конституції за допомогою судового тлумачення. Окремо це питання ми розглянемо в третьому розділі. На різні погляди щодо тлумачення поняття конституційної революції справедливо звертають увагу Я.Рознаї і Г.Джейкобсон [247, р. 17].

На наш погляд, дуже важливим є питання про легітимність революційних трансформацій, якщо їх ми не можемо виключати. Водночас ми визнаємо вкрай важливою також орієнтацію в сучасному світі на постсуверенні теорії транзиту і пакту, які допомагають уникнути порушення процедурного континуїтету, але, скоріше за все, все ж, дозволяють відійти від континуїтету змістовного (що власне і є суттю демократичної трансформації і переходу від авторитаризму чи диктатури).

2.5. Багаторівневий конституціоналізм і трансформація доктрини установчої влади (на прикладі ЄС)

Традиційно конституціоналізм розглядають як явище, що існує в рамках певної держави. Те саме можна сказати і про установчу владу. Проте останнім часом з'являється все більше уявлень про транснаціоналізацію сучасного конституціоналізму [496; 505; 546; 632; 753; 795].

Конституціоналізм, що виходить за кордони виключно одної держави називають глобальним, багаторівневим, багатосаровим, транснаціональним. Так, Р. Альберт, К. Контадес і А. Фотіаду виокремлюють наднаціональні, національні та субнаціональні конституції [403, р. 3]. Термін «багаторівневий конституціоналізм» або «багатосаровий» (англ. «Multi-Layered», нім. «Verfassungverbund») [298, р. 473; 369, р. 447] традиційно використовується у зв'язку із необхідністю аналізу саме наднаціонального рівня.

Зазначимо, що використовуються також інші терміни: глобальний конституціоналізм [223], міжнародний конституціоналізм [258, р. 498], космополітичний конституціоналізм [392] та багато інших. Всі вони піднімають нас на рівень розуміння конституціоналізму, вищий ніж національна держава, і тому надалі ми сформуємо власний підхід до цих термінів. Проте на початку аналізу будемо орієнтуватися на авторську термінологію, оперуючи підходами того чи іншого вченого.

А.Шайо і Р.Уітц вказують на те, що багаторівневий конституціоналізм як інтелектуальна проблема виник в Німеччині в 1990-ті роки [370] як реакція на глобалізований світ разом із глобальними ринками [369, р. 447]. Дж. Г. Оатес розуміє наднаціоналізм як конституційний лад, який визначається високим рівнем інституційної автономії і чиї міжнародно-правові зобов'язання мають перевагу над внутрішніми законами держав-членів [320, р. 27].

Не можна не погодитися із Ю.О. Волошиним в тому, що останнім часом у науковій літературі категорія «глобальний конституціоналізм» набула не тільки системного характеру, але й багато варіантів щодо етимологічного визначення та змісту [505, с. 226]. В.В. Шамрай розглядає транснаціональний і глобальний конституціоналізм як тотожні [795, с. 162-163]. Є. Львова визначає глобальний конституціоналізм, серед іншого, як напрямок наукової думки та політичну необхідність, що пильнує застосування конституційних

принципів у міжнародній сфері задля того, щоб покращити ефективність та чесність міжнародного правового порядку [632, с. 141].

І. Забокрицький, беручи за основу ідеї М. Розенфельда, вважає, що транснаціоналізацію конституціоналізму в рамках цих тенденцій можна розглядати у внутрішньому та зовнішньому аспекті [546, с. 157]. Із цього випливає складний взаємовплив різних національних і наднаціональних систем зверху вниз і знизу вверху.

Н.В. Верлос бачить систему багаторівневого конституціоналізму так: національний конституційний правопорядок, транснаціональний і потім глобальний [496, с. 296]. Отже, за логікою Н.Верлос, багаторівневий конституціоналізм існує вже сьогодні й вигляді численних міжнародних договорів, на підставі яких діють різні організації, союзи тощо.

В цілому, поділяючи на теоретичному рівні названу Н.В. Верлос структуру багаторівневого конституціоналізму, ми би додали також субнаціональний рівень, а також поставили питання про повноцінне існування глобального конституціоналізму як конструкції, що в перспективі має повністю перебудувати весь світопорядок.

На наш погляд, глобальний конституціоналізм сьогодні все ж відсутній і про нього можна розмірковувати з точки зору бажаного або не бажаного розвитку подій. Надалі в роботі ми оперуватимемо загальним терміном багаторівневий конституціоналізм крім випадків, де йдеться саме про глобальний конституціоналізм або той чи інший автор використовує свою, авторську термінологію і ми маємо для об'єктивності дослідження максимально використовуватися авторську термінологію при обговоренні думок відповідних науковців.

Сьогодні ми маємо справу лише з певним досить умовним доктринальним уявленням про глобальний конституціоналізм. По великому рахунку, за умови ліквідації всіх попередніх рівнів національного і наднаціонального

глобальний конституціоналізм залишиться єдиним конституціоналізмом і втратить сенс розмова про якусь багаторівневність. З іншого боку, якщо інші рівні збережуться, то глобальний конституціоналізм цілком має право бути одним із рівнів багаторівневого конституціоналізму. Тому в цьому підрозділі ми будемо використовувати термін «багаторівневий конституціоналізм», а не глобальний конституціоналізм.

Загалом, термін «глобальний конституціоналізм» використовуються найчастіше в двох аспектах. Перший – для опису вже існуючого становища, що виявляється у діяльності наднаціональних структур, міжнародних договорів, поширення одних і тих же ідей конституціоналізму в різних країнах, використання досвіду один одного на рівні правотворчості і правозастосування тощо. Тобто це є багаторівневий конституціоналізм. Другий підхід полягає в розумінні глобального конституціоналізму як перспективи світового уряду і світової конституції, а також пошуку їх зародків в існуючих інституціях. Очевидно, що друге розуміння розглядається поки що лише як перспективна наукова і філософська ідея.

Глобальний конституціоналізм в другому розумінні наразі відсутній, оскільки відсутній світовий уряд і всесвітня конституція, хоч деякі вчені стверджують про існування або формування глобальної неписаної конституції. Якщо погодитись із цим, то цей процес чимось нагадуватиме те, як зароджувалася конституція до XVIII ст. в рамках національних держав, що ми досить детально розглянули у першому розділі.

Якщо ж думати на перспективу, то ми би говорили про суто доктринальне уявлення про серйозну інакшість глобального конституціоналізму. Так, на думку, Н. Кріш через несприятливі інституційні та соціальні умови постнаціональний порядок краще розуміти як постконституційний: приписування його походження установчій владі розширить це поняття занадто далеко [264, р. 657]. Постанациональне право розглядається ним за межами консти-

туціоналізму [263]. Тобто традиційні конструкції для глобального конституціоналізму можуть не спрацювати. А. Шайо і Р. Уїтц звертають увагу на схожу проблему [369, р. 453]. А. Сомек пише про космополітичну конституцію як про «конституціоналізм 3.0», тобто вже третій етап трансформації конституціоналізму [392].

Існує також один дуже значний ризик – благо, яке має нести світовий уряд і світова конституція, ставиться під сумнів з позицій класичного для конституціоналізму виклику, – загрози узурпації порушення прав, гарантією від чого традиційно є демократичні норми, практики і інститути. Як писав У.Бек, переможна хода космополітизму загрожує виникненням космополітичного режиму без демократії [462, с. 364].

Багаторівневий конституціоналізм ставить питання про межі і обсяг суверенітету сучасних держав. Переважає тенденція примирити глобальні зв'язки із суверенітетом, не заперечуючи його існування, проте визнаючи обмеженість суверенітету.

Як зазначає В.М. Шаповал, розвиток ідеї суверенітету завжди ґрунтувався на визнанні неприпустимості обмеження влади поза волею її носія; однак суверенітет ніколи не вважався абсолютним [676, с. 222]. Варто відзначити тенденцію, що сама по собі «різниця між внутрішніми і міжнародними справами поволі зникає» (Ревель Ж.-Ф.) [686, с. 448]. Як зазначає С.П.Головатий, «національні кордони більше не вважаються перешкодою для міжнародних дій на захист людських прав, про що свідчать конституційні реформи, здійснені самими ж державами по Другій Світовій війні, коли вони інкорпорували засадничі права та принципи стосовно них у свої національні юридичні порядки» [516, с. 295].

Ідея взаємозалежності, яку добровільно сприймають країни в рамках наднаціональних утворень, є певним юридичним рівнем розвитку того факту,

що в реальному житті світ взаємопов'язаний і взаємозалежний. І ніхто не існує на планеті сам по собі.

Досить поширеним у зв'язку з цим є висловлення різних підходів щодо державного суверенітету. Як вважають М.О.Баймуратов та Ю.С. Хоббі, «під впливом глобалізаційних та інтеграційних процесів змінюється не суверенітет, а його складові, які набувають нових характеристик, водночас втрачаючи дещо старе, а також посідають місце на інших аренах поза межами держави та рамками національної території» [452, с. 253]. На думку Ю.А. Волошина, «вступ держав до будь-яких міждержавних об'єднань не означає ні втрати, ні обмеження, ні звуження їх суверенітету» [505, с. 344]. У зв'язку із цим наведемо думку В.І. Ковтуна, який вважає, що «прикладні «розмивання» суверенітету держав аж ніяк не свідчать про формально-юридичне обмеження явища суверенітету. В цьому випадку було б вірно стверджувати про «розмивання» застарілих уявлень про суверенітет» [562, с. 81]. Оскільки поняття суверенітету ніякою мірою не стало зайвим, державний суверенітет сьогодні бореться за визнання його в нових формах політичних повноважень і зосередження влади [511, с. 115].

А.Шайо і Р.Уітц при цьому демонструють проблему, яка виникла, і яка стосується демократичної підзвітності і легітимності. Нові формати та рівні прийняття рішень призводять до подальшого збільшення неконтрольованої влади. Чи можливо мати гарантії свободи, верховенства права та ефективності, які, здається, забезпечує конституційна демократія в системі, де немає суверена з владою? [369, р. 448].

Що стосується демократичного дефіциту наднаціональних структур, то на неї вказують багато авторів. Ця проблема напряму пов'язана із перспективою установчої влади в наднаціональному конституціоналізмі.

Окрім проблем із дефіцитом традиційної демократичної легітимності у наднаціональних утвореннях, існує багато інших підстав для їх критики. Це

ідеї універсалізму і партикуляризму, радикальні ідеї національної конституційної ідентичності¹¹. Можуть існувати досить серйозні колізії національних конституцій і міжнародного права. Найбільш яскраво це можна побачити в рамках інституцій ЄС і Ради Європи.

Опонентами наднаціонального конституціоналізму також традиційно є консерватори, націоналісти і популісти. Прагнення до ізоляціонізму ситуативно використовується і лівими силами (особливо – комуністичного спрямування). Так, деякі прихильники лівих поглядів бачать в установчій владі захист від транснаціонального конституціоналізму¹².

Які проблеми окрім названих створює багаторівневий конституціоналізм? Насправді таких багато і всі їх досягнути в рамках окремого підрозділу ми не в змозі. Особливо гострою є проблема установчої влади в ЄС. Та спочатку з'ясуємо, чи існує в ЄС своя конституція?

С. Гріллер вважає, що Союз має конституцію в подвійному сенсі: По-перше, у тому сенсі, що кожна міжнародна організація має статут. По-друге, і більш важливо в тому сенсі, що нинішні Договори вже виконують функції, які традиційно приписуються конституціям держав як у «тонкому» або вузькому ('thin') позитивістському розумінні, так і в «товстому» або широкому ('thick') розумінні, яке відображає досягнення європейського Просвітництва [204, р. 50].

Т.В. Комарова доходить висновку, що розроблена Судом ЄС доктрина прямої дії і верховенства права ЄС активно впливає процес конституціоналі-

¹¹ Питанням зовнішнього аспекту конституційної ідентичності присвячено окрему роботу: [566].

¹² К. Мьоллер після обговорення системно-теоретичних, процедурних та сувереністських підходів стверджує, що установчу владу в транснаціональних контекстах необхідно перефразувати як негативну і компенсуючу владу. У нього установча влада – це передусім питання скасування сценаріїв, які відкривають шляхи для перегляду існуючих норм. Такі сценарії скасування, на його думку, чинять руйнівний вплив на існуючу гегемонію в рамках транснаціонального конституціоналізму [307, р. 32].

зації цього права, а "правовому режиму Євросоюзу стали притаманні риси конституції" [571, с. 69]. К. Смирнова і І. Березовська, в свою чергу, стверджують, що «визнання прямої дії служить однією з опор для так званого процесу “конституціоналізації співвідношення права ЄС з правопорядками держав-членів”» [736, с. 32].

Не можна оминати і Конвенцію з прав людини, яка хоч і не є формальною частиною права ЄС, проте її природа і оцінка є теж досить показовою і може дати уявлення про перспективи конституції ЄС. У рішенні по справі *Loizidou v. Turkey* (заява № 15318/89) від 23 березня 1995 р. ЄСПЛ назвав Європейську Конвенцію з прав людини (азб. 2 п. 75) конституційним інструментом європейського публічного порядку [79]. О.В. Сенаторова пише про конституційний характер ЄКПЛ [762, с. 23-25]. М. Розенфельд стверджує, що з точки зору фундаментальних прав, ЄКПЛ виглядає як гібрид між договором і (частиною) конституції: договір за формою; частина конституції по суті [351, р. 203].

Ще один важливий документ, але який має формальну силу саме в рамках ЄС, коли з суто політичного і економічного союзу ЄС став регулювати питання прав, – Хартія основоположних прав ЄС 2000 р. Після прийняття у 2000 році Хартії основоположних прав ЄС і перед ухваленням Договору про ЄС велися активні обговорення щодо конституційного значення Хартії [435]. Врешті-решт після провалу Договору про конституцію ЄС, у 2009 році було визначено, що Хартія основоположних прав за юридичною силою стає обов'язковою для всіх держав-членів ЄС¹³.

Загалом, правопорядок ЄС є найбільш яскравим прикладом багаторівневого конституціоналізму. Водночас існують вагомні підстави для критики існування конституції і установчої влади, що мають своїм аргументом демок-

¹³ Порівняння Конституційного договору з Лісабонським договором стосовно загального підходу, змісту та сфери дії та чинності Хартії основних прав див.: [330].

ратичний дефіцит багаторівневого конституціоналізму ЄС. При цьому демократичну рефлексивність, яку несуть в собі відповідні елементи європейського багаторівневого конституціоналізму, як різновид легітимності в більш широкому сенсі теж не можна ігнорувати (демократична легітимність безсторонності за П.Розанваллоном). Тобто в якійсь мірі страждає класична виборна (електоральна) легітимність, натомість забезпечуються позитивні сторони інших аспектів легітимності.

З одного боку, на відміну від знайомих і легко порівнюваних випадків в історії конституціоналізму, багатоконституційна держава ЄС у принципі є суперечливою структурою для конституційних дебатів [435]. З іншого, європейський проєкт є доволі амбітним. За Габермасом саме ЄС може в принципі розглядатися як важливий крок в напрямку створення світового (глобального) співтовариства з політичною конституцією [218, 220].

Т.В. Комарова вважає, що "сам правопорядок ЄС вже набув статусу конституції без формального закріплення." [571, с. 80]. Вже сьогодні, без ухваленого писаного акта із назвою «конституція», застосовність терміну «конституція» в європейському праві отримала широке визнання [344, р. 182]. А.В. Тюшка вважає, що конституційні (в сенсі – конституюючі) акти Європейських Співтовариств та Європейського Союзу можна певним чином порівняти з неписаною конституцією Великої Британії чи некодифікованими конституційними актами Швеції [776, с. IX]. Конституція ЄС розуміється як складена система на різних рівнях (в рамках Концепції багаторівневого конституціоналізму) [776, с. 8-12]. О.В. Стрельцова вважає, що з точки зору змісту і значення для правової системи ЄС, установчі договори ЄС відіграють роль конституції [753, с. 111].

Д. Грімм пише про те, що європейська конституція може мати інтегративний ефект, і європейська конституція сприятиме інтеграції громадян Європейського Союзу (ЄС) – на кшталт того, як Основний Закон ФРН виконав

аналогічну функцію, не передбачаючи навіть такого ефекту [207]. Разом із тим у нього (Д.Грімма) бачимо і досить суттєве зауваження, яке підтримує Луук ван Мідделаар, – установчий договір сповнений регуляторних формулювань і через це варто «звести союзний Договір до його конституційного осердя, а всі норми, що не мають конституційної природи розглядати як звичайне законодавство» [206; 630, с. 319].

М.В. Герінг вважає, що європейський «конституційний момент» може бути найпростішим наступним кроком, наразі його немає на політичному горизонті. Тому він пропонує власний концепт «Другої конституції Європи», який, на його думку, одного дня може стати реальністю [186, р. XII-XIII].

Отже, ключовим питанням, крім природи ЄС і визнання статусу його установчих договорів як конституції, перспективи ухвалення якогось нового «договору про конституцію» (після провалу проєкту 2004 року), є питання про наявність в нинішньому ЄС установчої влади (чи майбутня перспектива появи такого суб'єкта).

Не слід забувати, що «політично єдине суспільство» в рамках ЄС, ідентичність на рівні «громадянин ЄС» лише формується [546, с. 300]. Це питання детально розкрив Ю.Габермас, запропонувавши свою концепцію установчої влади в ЄС. На його думку, в ЄС відбувається «розподіл суверенітету» [218] і установчої влади між громадянами ЄС і народами Європи [218]. Йдеться про участь у внесенні змін до Лісабонського договору двох органів: Європарламенту (представляє громадян ЄС) і Європейської ради (представляє народи ЄС).

Ю.Габермас прямо пише про установчу владу громадян союзу [220], щоправда яку вони поділяють разом з «державами-засновниками», що отримують від свої народів мандат на співпрацю в створенні наднаціональної спільноти. Розподіл полягає в тому, що це оті самі люди, які беруть участь в

конституційному процесі одночасно в якості громадян Союзу і в ролі громадян одного з її держав-членів [218].

Ю.Габермас вважає, що громадяни ЄС можуть мати цілком виправданий інтерес в тому, щоб їх національна держава, в тому числі і в його ролі держави-члена Союзу, продовжувала грати роль гаранта права і свободи, що пройшла часом. Саме для забезпечення цієї гарантії громадяни хотіли лише поділитися установчою владою, замість того, щоб повністю розчинитися в ролі громадян ЄС, на користь яких би, в іншому випадку, переходила би виключна компетенція щодо внесення змін до конституції [218].

На його думку, чинний Лісабонський договір дозволяє зробити висновок про суверенітет, що «розділяється» між громадянами і державою, вже тому, що парламент при внесенні змін до договору залучений в процедуру і протистоїть Раді як рівноправний орган [220]. Таким чином, виникає «змішана установча влада» («*pouvoir constituant mixte*») [220]. Поділ установчої влади пояснює, чому ЄС поділяє з союзними державами характер багаторівневої системи, але не може сприйматися як свого роду недосконала федеративна республіка [220].

Частково в якості розвитку ідей Габермаса можна навести ідею народу як носія установчої влади в ЄС, який сконструйований через дискурс безпеки та прав. Починаючи з ранніх етапів європейської інтеграції, дискурси безпеки та прав полягали в артикуляції мета-конституційного обґрунтування («безпека європейського проєкту»), тобто як форма політичної моралі, якої дотримується ЄС як державний устрій і який з часом і прагне до власного виживання. Дискурси щодо безпеки та прав сприяли побудові двох ідей народу як установчої влади. Перша ідея — це «мобільний народ», тобто коли люди користуються правом вільного пересування в ЄС. Друга ідея — це «народи» у множині, які розуміються як держави і громадяни водночас [175, р. 159].

В.Тичина вказує на існування концепції конституційного плюралізму, що є досить популярною в рамках європейських досліджень в галузі конституційного права. Відповідно до неї європейські конституції (і народи держав) та конституційні договори ЄС («європейський народ») є однаково самостійними джерелами установчої влади, які певним чином перетинаються в межах однієї території [766, с. 68-69].

Проте чи існує (навіть в такому урізаному, розділеному варіанті) європейський народ? З одного боку, за формальним критерієм – так, оскільки існує європейське громадянство¹⁴. З іншого боку, щодо існування європейського народу є ряд питань, які ставить А.Шайо [365]. Й. Ізензее вважає, що відсутній суб'єкт гіпотетичної європейської демократії – європейський народ. Європейський парламент побудований за принципом федеративного паритету, а не за нормами егалітарної демократії громадянського суспільства [239].

Щодо гіпотетичної аналогії зі США, яку, до речі, відкидає Й.Ізензее, значимо таке. На нинішньому етапі вочевидь між США і ЄС в цьому плані є суттєва відмінність. Водночас Луук ван Міделаар якраз і пропонує Європі взяти на озброєння приклад США, де свого часу була застосована вимога ратифікації більшістю, тобто лише 9 штатами, для набрання чинності конституцією, відмовившись від принципу одностайності для набрання чинності угод [631, с. 138-150]. Цей критерій якраз і допоміг перетворити договірну природу «конституції» на акт установчої влади вже єдиного американського народу, щодо існування якого після відповідного акта конституцієтворення сумнівів вже не було.

Ю.Габермас враховує зауваження щодо гомогенності. На його думку, пізніший інтеграційний зсув до постнаціонального усупільнення залежить

¹⁴ Щодо громадянства ЄС див.: [767].

не від субстрату якогось "загальноєвропейського народу", а від комунікаційної мережі загальноєвропейської політичної публічності, яка входить до складу спільної політичної культури [507, с. 219-220]. На думку вченого, структура державно-громадянської солідарності не створює жодних перешкод для її можливого поширення за межі національних кордонів [217].

Ця думка не є дивною, враховуючи обстоювану ним же ідею конституційного патріотизму. Габермас показує, що суб'єкт установчої влади у вигляді європейського народу існує і є цілком можливим. Інтеграційним началом такого суб'єкта він вважає конституційний патріотизм. Насправді модель Габермаса – не єдина інтерпретація установчої влади в ЄС. Та вона в будь-якому випадку отримує критику з боку демократичної легітимності та з інших сторін.

На думку Б.Матьє, видання правових норм, або створення паралельно чинної нормативної системи, за межами держави відповідає іншій логіці, яка не є демократичною [300]. Загалом, якщо розвивати ідею Б.Матьє, то установчої влади в ЄС бути не може, оскільки нинішній механізм прийняття рішень має демократичний дефіцит.

М. Патберг також заявляє про проблематичність демократичності ЄС, оскільки публічний наратив «Ми, народи Європи» стверджує, що Європейський Союз (ЄС) має відповідати перед установчою владою, що складається з політичних спільнот держав-членів. Ідея полягає в тому, що рішення щодо структури та компетенції ЄС мають бути в руках громадян національної держави [329, р. 87]. Причина, через яку європейська інтеграція не піддається контролю з боку громадян, полягає в тому, що вона дозволяє встановленим (constituted) повноваженням діяти як де-факто установчі повноваження [329, р. 215]. Вчений розробив чотири конкуруючі моделі установчої влади в ЄС. Вони відрізняються насамперед тим, кого вони визначають як суб'єкт установчої влади ЄС. Відповідно до регіонально-космополітичної моделі устано-

вча влада належить політичній спільноті громадян ЄС, тоді як демократична модель стверджує, що установчу владу мають народи держав-членів. Подвійна модель переслідує середній курс, стверджуючи, що установчу владу розподіляють між європейськими громадянами та європейськими народами. Модель неповноцінної влади утримується від проголошення конституційного суб'єкта і натомість переслідує ідею, що політика деструкції — опору та часткового розпаду — може функціонувати як легітимний механізм для конституційних змін [329, р. 216]. Модель подвійної установчої влади (Dual Constituent Power) могла б уможливити одночасне вираження європейських і національних інтерпретацій загального блага [329, р. 105].

Зустрічаємо також скептичні підходи – логіка інтеграції раціональних суверенітетів фактично заважає процедурі політичного заснування європейської держави, а, отже, європейська установча влада залишається неідентифікованим об'єктом, що робить освячення політичної Європи, сформованої як федеративної держави, дуже віртуальним [309].

Висловлюються і інші погляди на установчу владу ЄС [352, р. 282-293]. Нам видається справедливою думка, що ЄС створено як політичне утворення, яке не було сформовано класичними формами політичної участі, тому причина, чому його слід вимірювати в таких класичних термінах, не зрозуміла [352, р. 282-294]. Варто погодитися із М. А. Вілкінсоном в тому, що європейську установчу владу все ж не було встановлено [436, с. 174].

Таким чином, як на нас, намагання використовувати конструкції установчої влади в рамках ЄС до того моменту, поки ми не визнаємо його як мінімум федеративною державою, занадто поспішні. Хоч саму дискусію варто вітати, як і оптимізм Габермаса, який виокремлює моделі дуалістичної установчої влади вже станом на сьогодні. Інша справа, що така «установча влада» із розділеним суб'єктом є надто слабкою і дійсно страждає на дефіцит демократичності. Тому ми переконані, що використання для обґрунтування при-

роди ЄС доктрини установчої влади поки що є досить умовним і передчасним.

Висновки до розділу 2

1. Доктрина установчої влади (*pouvoir constituant* (фр.), *constituent power* (англ.), *verfassungsgebende (verfassunggebende) gewalt* (нім.)) має тривалу історію і будувалася на відповідних концептах, які завдячують своїй появі зародженню конституціоналізму в світі і революційним подіям, передусім, у Франції XVIII ст., пов'язувалася передусім із процесом ухвалення конституції і з'явилась Е.-Ж. Сійєсу. Своєрідним ідеологічним натхненником установчої влади може також вважатися Е. де Ваттель. У США хоч цілісної ідеї установчої влади із самого початку сформульовано не було (створення конституції співпало зі створенням держави, принаймні переходу від конфедеративної форми у федерацію), водночас саме досвід США брали до уваги розробники французьких актів, передусім Декларації прав людини і громадянина (Лафайет). Водночас до цього дня використання доктрини установчої влади в Британії відсутнє з огляду на принцип верховенства парламенту (парламентського суверенітету), наявності системи загального права, великої ролі конституційних конвенцій, відсутності визнання за певними актами вищої юридичної сили через належність їх до конституції.

2. Доктрина установчої влади є одночасно науковою концепцією, яка пояснює і певним чином легітимує відповідні суспільні явища. Для ідеї установчої влади було принципово відмежувати конституцію від ідеї договору і виключити короля з конституційного процесу як сторони (учасника). Крім того із самого початку теорія установчої влади вирішувала певну юридичну проблему – зв'язаність наказами обраних представників. Теорія установчої влади мала не створити необмежену владу, була спрямована проти короля, а не прав людини, вона генетично також означала обмеження влади (передусім, звичайно, мала увазі владу королівська). Те, що сама теорія стала в

процесі свого існування обґрунтуванням розриву правового континуїтету із попереднім режимом і незв'язаність попереднім правом (у тому числі з точки зору процесуальних форм реалізації тощо), отримало два наслідки. З одного боку це стало серйозною проблемою у випадках зловживань при проведенні революцій або навіть узурпації влади, маніпулюючи легкою зміною або повною ліквідацією писаного тексту і намаганням почати все з нуля, так би мовити з чистого аркушу, розірвавши як процедурний, так і матеріальний континуїтет. Тим самим могли страждати всі юридичні надбання, які фіксувалися у попередній конституції, їх доля повністю була в руках майбутнього конституцієдавця. З іншого боку, концептуально обґрунтування розриву континуїтету із попередньою конституцією дозволяло уникати обвинувачення у нелегітимності нового режиму, створювало умови для припинення хаосу і за умови достатньо прозорих і демократичних процедур, а також інших факторів легітимації створити і забезпечити ефективне функціонування нового ефективного порядку.

3. Установча влада як концепт, породжений революцією, відкриває парадокс конституційної форми: коли установча влада водночас спрямована як на легітимацію порядку, який виник поза чинними нормами, так і на унормування подальшого здійснення конституційного процесу. Крім того, існує проблема самостворення, коли спочатку виникає народ, який існує до конституції, проте побачити його ми можемо лише по факту реальної появи в форматі політичної влади в державі, найбільш яскравою ознакою існування якого є прийнята ним конституція.

4. Поділ установчої влади на первинну (оригінарну) і інституційну (вторинну) зіграв велику роль в аспекті обмеження вторинної установчої влади і формування доктрин неконституційних змін до конституції. Водночас ідея необмеженості первинної установчої влади має серйозно ставитися під сумнів, хоч звичайно межі розсуду конституцієдавця в цьому випадку є значно

ширшими. Поділ установчої влади на первинну і інституційну установчу владу може бути додатково уточнений і розвинений. Можна розмежувати в рамках інституційної установчої влади внесення змін і повний перегляд; класифікувати здійснення установчої влади на таку, що відбулася із дотриманням процедурного континуїтету або без такого. Із дотриманням процедурного континуїтету можна виокремити повний перегляд і зміни. Без його дотримання: прийняття конституції і внесення змін (конституційна революція).

5. Хоч існує ряд теоретичних проблем у класифікації установчої влади на оригінарну і інституційну, вважаємо недоречними як повну відмову від ідеї оригінарної первинної установчої влади, так і відмову від поняття інституційної установчої влади і ототожнення установчої влади виключно із її революційним проявом. Повний перегляд конституції із дотриманням процедурного континуїтету ближче до інституційної установчої влади, проте він може бути пов'язаний із первинною владою в тому сенсі, що в такий спосіб здійснюється розрив матеріального континуїтету. Крім того, у певних випадках формальні зміни, що мають відповідати процедурному і змістовному континуїтету носять характер конституційної революції. А в деяких випадках конституційна революція здійснюється без формальних змін, виключно шляхом тлумачення.

6. Наразі доктрина установчої влади переживає своєрідну кризу, пов'язану з популістськими рухами і їх державно-правовою практикою. Дезиціонізм (суверенна теорія) – один із підходів до інтерпретації установчої влади, що сформувався завдяки К. Шмітту. Саме дезиціоністський (або ж іншими словами) суверенний погляд на установчу владу є найбільш поширеним. Водночас матеріальна і процедурна обмеженість при створенні писаного тексту і об'єктивні межі дії самих писаних положень конституції становлять два ключових аргументи для критики суверенної теорії установчої влади. Суверенна інтерпретація в гіпертрофованому вигляді розвивалася й ево-

люціонувала, надавши формальний інструмент для вмілого маскування диктаторських рішень для недемократичних правителів.

7. Доктрина установчої влади не була позбавлена критики як в ході історії, так і активно критикується в сучасних дослідженнях. Критика часто здійснюється на підставі певних уявлень того чи іншого авторитетного про установчу владу (Сійеса, Шмітта, Боннара, Бокенфьорде та інших) або ж безпосередньо того, як бачить установчу владу сам критик. Саме з огляду на різні уявлення про народовладдя, про демократію формуються різні підходи до установчої влади, у тому числі з точки зору її критики. Найбільше критики установчої влади звучить з позиції її суверенності і дезиціонізму. Одним із найбільш відомих представників постсуверенної теорії є Е.Арато. Постсуверенну теорію можна вважати критичною по відношенню до дезиціоністської теорії, але не до установчої влади в цілому. Так само багато варіантів критики можуть бути сумісними з установчою владою, якщо її дезиціоністську теорію трансформувати, проте в деяких випадках критика носить заперечувальний характер (найбільш поширений аргумент - проблема парадоксу самозаснування, що притаманній доктрині установчої влади, і постійний ризик повторення революційного моменту). Крім того, критика з позицій неприйняття адекватності установчої влади як міфу формулюється німецькими вченими у зв'язку з досвідом прийняття Основного Закону в 1949 році.

8. Установча влада залишається домінуючою теорією легітимації конституції, експлуатуючи «народ» як джерело своєї легітимності і сама створює значний легітимаційний ефект. Розвиненість цієї доктрини і обростання її різними вимогами, процедурами, обмеженнями мають не лише «заспокійливий» ефект з позиції найбільш широкого її сприйняття. Вимоги установчої влади – це конвенція, яку вважають корисною і яка допомагає створювати, змінювати і робити ефективними конституції. Це ніби інструкція із використання конституції, без якої в нинішньому світі майже неможливо обійтися.

Народна легітимність, на якій базується установча влада, і процедури її забезпечення - це реальні механізми. Установча влада має також значне функціональне значення: поки конституція як акт установчої влади є дієвою, ефективною і корисною, ця доктрина буде втілюватися в життя.

9. Авторитаризм, популізм і неліберальна демократія – це дуже схожі між собою і їх спільною ознакою є те, що вони є антиконституціоналістськими. Виокремлюємо три ключові фактори появи популізму: 1) проблеми викликані глобалізацією; 2) відсутність у демократизації термінального вектору, тобто незворотності цього процесу; 3) боротьба між прямою і представницькою демократією, а також претензії до представницької демократії як справи еліт. Сучасні популісти використовують конкретні конституційні концепції, що допомагають їм реалізовувати власні ідеологеми. Нові автократії популістського типу лише імітують ознаки демократії, демократичні назви і самі інститути, але спотворюють їх суть до непізнаваності, створюючи номінальні або навіть семантичні конституції (за Льовенштайном). Для популістів характерним є особливе розуміння конституційних норм і демократії як такої, перегляд традиційних уявлень про народний суверенітет, народовладдя і установчу владу в бік антиплюралізму (ідея Я-В. Мюллера). Популізм розглядається як конституційна теорія, що поєднує в собі конкретні прочитання теорій установчої влади, народного суверенітету та конституційної ідентичності (Л.Коррієс). Маніпулювання доктриною установчої влади можливе шляхом виключення із цього процесу опозиції і втілення власних вузькопартійних і антиплюралістичних ідей в тексті нового основного закону або ж використання інструментів скликання Установчих зборів і референдуму для боротьби з легітимними гілками влади (Венесуела, Угорщина тощо).

10. Юридична теорія постсуверенної установчої влади, сучасним представником, якої є Е.Арато та інші вчені (П.Розанвалон і його теорія демократичної легітимності, М.Розенфельд і його концепція ідентичності конститу-

ційного суб'єкта, а також моделі, заснованої на пакті, М. Лафлін і його реляційний варіант тлумачення установчої влади), є критичною по відношенні до традиційної версії суверенної установчої влади. Ключову роль із самого початку зіграв також А. Лейпхарт, який у 1977 р. запропонував теорію демократії в багатоманітних (плюральных) суспільствах. Постсуверенні теорії демонструють важливість динамічного аспекту – реальної дії конституції, яка забезпечується різними суб'єктами. Тому якщо розширювати погляд на установчу владу не лише з позицій прийняття конституційного тексту і внесення до нього формальних змін (конституційної статички), а й дивитися на процеси реалізації писаної конституції в динаміці (законодавчої і судової практики, практики виконавчих органів влади тощо), то ми отримуємо ще додатковий комплекс процесів, які хоч і не пов'язані із створенням і зміною тексту конституції (із розривом континуїтету чи без такого), проте які показують реальну ситуацію дії конституції в динаміці, створюючи живу конституцію і завдяки ним на практиці функціонування конституції підтримується з різних джерел, що забезпечують її легітимність. Водночас при цьому до написання і ухвалення конституції все ж так чи інакше все одно залучаються традиційні суб'єкти установчої влади.

11. Постсуверенна теорія установчої влади вирішує парадокс самозаснування шляхом відкидання суверенного статусу народу (нації). Вона встановлює певну ідеальну конструкцію правонаступності, круглих столів, тимчасової конституції, конституційного контролю. Проте ліберальні обмеження установчої влади тут віддаються на відкуп плюралістичній деліберативній демократії, що не завжди добре. Важливо, що трансформуючи ідеї установчої влади, постсуверенна теорія залишає саму установчу владу в грі. Одним із елементів постсуверенної моделі є перехід за допомогою тимчасової конституції. За Е. Арато постсуверенна теорія фокусується на трьох аспектах: 1) угоди за круглим столом, вільні вибори та несуверенні конституційні

(установчі) збори; 2) правова наступність (континуїтет); 3) роль конституційних судів і конституційні принципи. Відповідна проблематика також тісно пов'язана із більш складними питаннями умов для конституціоналізму в мультикультурних суспільствах, інклюзивності в процесі створення конституції етнічних та інших груп тощо. Ми маємо справу із різними умовами, що забезпечують конституцію суспільної згоди як при її прийнятті, так і при проведенні реформи; вимоги суспільної згоди, обговорення, консенсусу є обґрунтованими.

12. Величезна кількість зловживань суверенною установчою владою тільки підштовхує постсуверенну теорію до свого розвитку. Об'єктивно також зникають і умови для революційної установчої влади в багатьох суспільствах. Постсуверенна теорія знаходить відповідь і свою легітимність в методах діалогу та не заперечує підкорення установчої влади конституціоналізму. Приклади Іспанії і ПАР, як в цілому успішні, стали джерелом подальшої стабільності. Натомість в Чилі, де була присутня велика кількість елементів постсуверенної парадигми, проекти конституції були двічі відхилені на референдумі у 2022 і 2023 роках. Саме тому постсуверенні теорії не є панацеєю, вони можуть пропонувати лише інструменти, які йдуть в ногу з часом, але завдяки ускладненню самих інструментів залишають великий простір для невизначеності результатів їх застосування.

13. Постсуверенна теорія – це «теорії в теорії». Різноманітність підходів до процедур здійснення установчої влади, матеріальних принципів і обмежень – це неодмінна ознака плюралістичності цієї теорії, що, до речі, також несе в собі ризик зловживань. Хоч ми підтримуємо цю модель в багатьох її елементах, вважаємо, що вона може лише доповнювати традиційну модель певним набором гарантій. Постсуверенна теорія близька до ідей матеріальної конституції, розуміння конституції не лише як тексту, нових моделей демократичної легітимності (за П.Розанваллоном). Ризик постсуверенної теорії –

повернення до того, від чого свого часу установча влада історично відійшла, замінивши ідею договору між монархом і станами на суверенну владу народу. Влада певних груп завжди має свої ризики. Водночас шляхом постсуверенної теорії договірні і горизонтальні елементи «повертають своє» в конституційні теорії. Крім того, постсуверенна теорія використовує такі «пакти» як доповнення до інших механізмів, а не як самостійне джерело легітимності. При цьому важливо завжди пам'ятати, що повноцінний перехід (повернення) до договірної природи конституції навряд чи можливий.

14. Включення в механізм установчої влади (не заперечуючи її) деліберативних процедур є прогресивною ідеєю, особливо в суспільствах, що є розколотими, переживають постконфліктну стадію, демократичний транзит тощо. Водночас деліберативні процедури при цьому мають використовуватися поряд із класичними інструментами установчої влади – роботою парламентів, установчих зборів, комісій і проведення референдумів. Крім того, ми не можемо відкинути повністю і суверенну концепцію в чистому вигляді. Сподіватися завжди на консенсус старих еліт із новими, шлях реформи, вироблення принципів конституціоналізму на круглих столах, написання тимчасової конституції і створення конституційного суду для захисту домовленостей – це утопія. Континуїтету не завжди можна досягти. Адже актори старої влади можуть не хотіти демократичного транзиту і реформ. Буває й так, коли під виглядом поступок влада намагається завдати згодом удар своїм противникам, знищивши їх, тим самим не дотриматися досягнутих домовленостей.

15. Постсуверенна теорія намагається замінити революцію на реформу, але в тих країнах, де реформа і так би відбувалася, постсуверенні механізми не мають актуальності. Прийняття нових конституцій у Швейцарії, Фінляндії тощо ознаменували результат накопиченого досвіду без розриву правонаступності і про революцію навіть теоретично не йшлося. Дотримання ко-

континуїтету (ключова вимога постсуверенної теорії) може мати місце і у випадку, якщо повноцінно вся постсуверенна теорія не застосовується. Ідея консенсусу сама по собі є цілком нормальною ідеєю для політичного процесу, який може і повинен супроводжувати здійснення установчої влади. Та виникає дуже тонка межа між змішуванням тут права і політики (це є однією із підстав критики постсуверенної концепції). Наша ж теорія обмеженості установчої влади корелює із постсуверенною теорією, особливо щодо наявності передумов установчої влади. Проте така обмеженість має визнаватися завжди, а сама суверенна теорія є фікцією. І ця обмеженість не обов'язково має корелювати із дотриманням континуїтету, стадією переговорів між групами (пакту) тощо.

16. Доцільно виокремлювати формальний і матеріальний аспекти континуїтету. У формальному значенні йдеться про дотримання попереднього права з точки процедурних аспектів при прийнятті нових норм, створення нової конституції або внесенні змін до чинної. У матеріальному значенні континуїтет прив'язаний до певних принципів (конституційної традиції). Що стосується формального аспекту, то йдеться виключно про дотримання процедури ухвалення нової конституції. Якщо вона дотримується – формальний континуїтет зберігається. Якщо ні – то він втрачається і відбувається розрив. Також варто виокремити матеріальний континуїтет щодо принципів і норм. Незалежно від дотримання формальних правил щодо прийняття тексту конституції, певні ключові положення можуть зберігатися, тому щодо таких положень зберігається змістовний континуїтет. Може бути і протилежна ситуація – дотримання формального континуїтету при прийнятті конституції або внесенні змін до чинної може сутнісно позначати повний розрив із попередніми принципами.

17. Питання безперервності ідентичності є вкрай важливим не тільки для окремо взятої конституції, а також для правової системи в цілому. Як прави-

ло, конституції містять перехідні положення і вони не скасовують усе право, яке діяло до набуття чинності конституцією. Адже немає жодного сенсу робити такий тотальний розрив із попереднім правом, тим більше якщо конституція при процедурному розриві із попередньою конституцією, розриває також матеріальний континуїтет лише точково. Особливо шкідливим буде повний розрив в приватному праві, в публічному праві такий розрив допустимий в розумних межах, проте теж може шкодити і призводити до зловживань.

18. У багатьох країнах врегульований в самих текстах конституцій порядок ухвалення нової конституції, хоча таке регулювання існує далеко не скрізь. Серед відповідних причин є намагання забезпечити стабільність конституції (що, цілком логічно, навпаки, в разі потреби, може наштотувати на конституційну революцію). Йдеться про Швейцарію, ФРН, Чорногорію, Португалію, Фінляндію, Угорщину, Болгарію, Іспанію, Австрію, Киргизстан, Венесуелу, Аргентину, Андорру, Монако та багато інших країн. Водночас можна констатувати, що прикладів розриву процедурного континуїтету при прийнятті конституцій набагато більше, ніж прикладів його збереження.

19. У ряді країн поширеним є поняття «викладення конституції в новій редакції» (Киргизстан, Узбекистан). Такий механізм може бути також маніпуляцією, – шляхом використання процедури внесення змін для прийняття по суті нової конституції. В Україні спроба викладення КУ в новій редакції у 2009 році виявилася невдалою. Вважаємо, що лише з наявності одного лише порядку внесення змін до конституції не можна виводити процедуру прийняття нової конституції. Процедура внесення змін не може бути витлумачена як процедура прийняття нової конституції. Якщо в конституції йдеться лише про зміни або частковий перегляд, а не прийняття нової конституції (повний перегляд, як варіант – нова редакція конституції), то ухвалення нової конституції із дотриманням формального конституційного континуїтету неможливе. Такий формальний підхід при цьому має водночас і свої недоліки – зміни

можуть бути настільки радикальні, що створить досить суттєвий розрив континуїтету у змістовному значенні при збереженні континуїтету формального.

20. Матеріальний континуїтет щодо певних принципів попередньої конституції може теж бути збережений сам по собі, як певний неписаний консенсус еліт. Проте можливий варіант, коли на орган установчої влади покладається прямий обов'язок щодо його збереження. В такому випадку ми отримуємо несuverенний орган установчої влади, якому попередньо нав'язуються певні принципи. Конституції намагаються захистити також матеріальний континуїтет навіть при прийнятті нової конституції, зв'язавши укладачів певними принципами. Такі випадки зустрічаються не так часто, проте вони існують (наприклад, Конституція Швейцарії). Якщо говорити про матеріальний континуїтет, то досить своєрідним його відлунням в Угорщині є ідея історичної конституції. Деякі конституції у своєму тексті підкреслюють матеріальний континуїтет (наступність конституційної традиції за М.В. Савчиним) тих чи інших принципів у своїх преамбулах. Тим самим їх автори намагаються показати, що була збережена наступність певних матеріальних принципів (в основному – щодо державного континуїтету) – Хорватія, Угорщина тощо.

21. Існує проміжна форма, яка знаходиться між простими змінами і прийняттям нової конституції (т.з. «повним переглядом»), це – частковий перегляд (Швейцарія, Іспанія, Австрія, Болгарія). Цей феномен можна пов'язати із багаторівневим конституційним дизайном (за Р.Діксон і Д.Ландау). Йдеться про те, що певні фундаментальні норми конституції передбачають більш складну процедуру зміни. В якості альтернативи такому підходу (або в якості доповнення) практикується підхід врегулювання т.з. формул незмінюваності або незмінюваних положень, які якраз і прагнуть захистити чинну конституцію від радикального розриву матеріального континуїтету. Такого роду дозвіл часткового перегляду дає можливість замість ух-

валення нової конституції, залишити чинною попередню, але змінити її ключові положення.

22. Тимчасові конституції можуть бути пов'язані як із збереженням континуїтету, так із розривом (тобто бути прийняті не у відповідності до старих правил) і виконувати функцію заповнення правового вакууму, відігравати роль правового оформлення здійснення конституційної правотворчості під час остаточного здійснення установчої влади. У випадку розриву процедурного континуїтету, тобто порушення старих правил, можуть використовуватися спеціальні тимчасові транзитні конституції або інші документи, які б врегулювали на певний час засади функціонування правової системи і, головним чином, порядок прийняття нової конституції. Існування таких транзитних, тимчасових конституцій впливає із необхідності процедурного обмеження первинної установчої влади, оскільки порядок її здійснення при розриві процедурного континуїтету не врегульований. Крім того, в певних випадках існує також необхідність і субстантивного обмеження первинної установчої влади. Таким чином, первинна установча влада, що описується як необмежена, набуває формально визначеного способу реалізації (і навіть субстантивних меж). При цьому – порушується стара процедура і одразу виникає нова. В якійсь мірі тимчасова конституція створює режим континуїтету конституції в розумінні дотримання правил такої тимчасової конституції, проте розриває процедурний континуїтет із попередньою конституцією. Тому такі тимчасові конституції все ж забезпечують той континуїтет, який якраз і є важливим для постсуверенної теорії. Іноді тимчасові конституції стають постійними. Це стається у випадках, коли подальший конституційний процес стає неможливим, непотрібним чи неуспішним з різних причин. Так сталося із Основним Законом у ФРН. Конституція Боснії і Герцеговини, яка була додатком 4 до Дейтонських угод, теж мислилася як тимчасова.

23. Конституційна революція – легітимне порушення процедурного та (або) змістовного континуїтету як формальної конституції, так і матеріальної конституції (конституційна революція в судах). Вона, як правило, доповнює революцію в інших сферах соціальної влади, проте може відбуватися цілком самостійно. Виходячи з підходу М.Манна конституційна революція означає революцію в сфері нормативної системи, тобто в сфері соціальної влади. Вона може сполучатися зі зміною політичної влади, проте іноді здійснюється в результаті компромісу зі старими елітами (дотримання процедурного континуїтету). В останньому випадку йтиметься виключно про розрив змістовного континуїтету і встановлення нових принципів. Такого роду процеси цілком вписуються в постсуверенну теорію установчої влади. Разом із тим розрив процедурного континуїтету і, в якості своєї легітимації звернення до права на опір і первинної установчої влади, не можна повністю відкидати, навіть за умови наявності відповідних зловживань популістськими режимами. Концепт конституційної революції охоплює також випадки розриву матеріального континуїтету без формальних змін тексту. Йдеться про неформальні зміни конституції за допомогою судового тлумачення. Метою революцій часто є встановлення таких ідей конституціоналізму на практиці, або ж відновлення попереднього порядку, який був знехтуваний диктатором. Саме тому дуже важливим є питання про легітимність революційних трансформацій.

24. Революційна реалізація установчої влади і революційна конституція, прийнята із розривом континуїтету, які б пояснення не надавалися, завжди були пов'язані із проблемою парадоксу установчої форми (парадокс самозаснування). Цей парадокс якраз і можна описати з позицій розриву континуїтету, коли незрозуміло, звідки ж беруться юридичні повноваження щодо прийняття конституції, якщо попередній порядок відсутній або порушено. Але головна проблема – іманентна революційність концепту установчої влади, те, що політична влада ґрунтується на винятку. Ідея революційної уста-

новчої влади якраз і покликана певною мірою вирішити цю проблему, у тому числі шляхом альянсу на теологічне пояснення і можливе виникнення «з нічого».

25. Конституціоналізм, що виходить за кордони виключно одної держави, називають глобальним, багаторівневим, багатосаровим, транснаціональним. Багаторівневність не є новим явищем, вона лише стала розширюватися на наднаціональний рівень, існуючи попередньо вже в певному вигляді в рамках субнаціонального рівня. Вважаємо, що глобальний конституціоналізм як перспективний рівень багаторівневого конституціоналізму сьогодні відсутній, оскільки відсутній світовий уряд і всесвітня конституція, про нього можна розмірковувати з точки зору лише бажаного або не бажаного розвитку подій. Сьогодні ми маємо справу лише з певним досить умовним доктринальним уявленням про глобальний конституціоналізм. По великому рахунку, за умови ліквідації всіх попередніх рівнів національного і транснаціонального глобальний конституціоналізм залишиться єдиним конституціоналізмом і втратить сенс розмова про якусь багаторівневність. З іншого боку, якщо інші рівні збережуться, то глобальний конституціоналізм цілком має право бути одним із рівнів багаторівневого конституціоналізму. Що ж стосується установчої влади в такому глобальному конституціоналізмі, то її перспективи поки що настільки туманні, як і самого глобального конституціоналізму. Поки що такий конституціоналізм не став повноцінним рівнем багаторівневого конституціоналізму, проте не помічати глобалізацію і її розвиток неможливо.

26. Багаторівневий конституціоналізм ставить питання про межі і обсяг суверенітету сучасних держав. Проблема демократичного дефіциту наднаціональних структур на пряму пов'язана із перспективою установчої влади в наднаціональному конституціоналізмі. Окрім проблем із дефіцитом традиційної демократичної легітимності у наднаціональних утвореннях, існує багато інших підстав для їх критики (ідеї універсалізму і партикуляризму, ра-

дикальні ідеї національної конституційної ідентичності, можуть існувати досить серйозні колізії національних конституцій і міжнародного права). Найбільш яскравим прикладом багаторівневого конституціоналізму є правопорядок ЄС. Ключовим питанням крім природи ЄС і визнання статусу його установчих договорів як конституції, перспективи ухвалення якогось нового «договору про конституцію», є питання про наявність в нинішньому ЄС установчої влади. Намагання використовувати конструкції установчої влади в рамках ЄС ще до того моменту, поки ми визнаємо його як мінімум федеративною державою, занадто поспішні. Використання для обґрунтування природи ЄС доктрини установчої влади поки що є досить умовним і передчасним.

РОЗДІЛ 3

ОБМЕЖЕННЯ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ

3.1. Загальна характеристика обмежень установчої влади

П. Габерле справедливо запитував: чи існують писані чи неписані («самостійно» або культурно встановлені) обмеження установчої влади народу: з конституційних текстів (особливо в преамбулах), рішень КС або розроблені наукою, орієнтовані на створення конституції? [213, s. 58-59].

З одного боку, ми вже наводили у другому розділі підходи вчених, які установчу владу ототожнюють із принципом ефективності. Цей принцип наголошує лише на соціальному факті успішної реалізації процесу прийняття конституції, що є цілком самодостатнім, тому про якісь обмеження, тим більше правові, годі й говорити. Як вказує Р.М. Максакова, революційна установча влада здійснюється не на правовій, а на силовій основі [637, с. 133]. Водночас, по великому рахунку, принцип ефективності є суто позитивістським і установчої влади як окремої доктрини легітимації конституції просто не потребує. Єдине, що принципове в такій інтерпретації установчої влади, це – орієнтація на її суб'єкт – народ (хоч існують, як ми побачили, навіть екзотичні сприйняття установчої влади із невизначеним носієм).

З цього приводу становить інтерес два варіанти розуміння установчої влади, які називає М.Ташнет: концептуальне розуміння, а також ототожнення установчої влади із нацією [414]. Група авторитетних дослідників (Ж. Колон-Ріос, Л. Рубінеллі та інші) також констатує два погляди на установчу владу. З одного боку ті вчені, хто думає про установчу владу для вивчення юридичних наслідків цієї ідеї, як правило, зосереджуються на роботі установчих зборів і на статусі конституційних норм, процедурах внесення поправок до

них та їхньому відношенні до вторинної законотворчості. З іншого боку, існують вчені, які дивляться на установчу владу, щоб підкреслити її політичний вимір. Установча влада уявляється як абсолютна народна влада, яка ніколи не може бути зведена до правових норм і яка, як наслідок, існує поряд з конституційною системою і завжди потенційно здатна її скасувати [100].

Власне ця конкуренція і є центральною в доктрині установчої влади. Погляд на неї можливий саме як на юридичну концепцію, а також як на неюридичну (по суті, тут ми маємо тут частково позитивістську алузію на соціальний факт). Відповідно, перший варіант стосується обмеженої правової доктрини, другий – необмеженої політичної ідеї. Залежно від особистих смаків чи попереднього досвіду відбувається відповідна індоктринація державних діячів чи юристів тим чи іншим варіантом установчої влади.

Ідею необмеженості установчої влади, що виникає внаслідок вирішення парадоксу самозаснування, постулював К. Шмітт. Він стверджував, що установча влада не пов'язана з правовими формами та процедурами; вона "завжди в природному стані", коли вона проявляється в цій невід'ємній якості [377, s. 79-80]. На його думку не може бути процесуальних правил ані для самого акту, ані для здійснення цієї волі, ані для змісту політичного рішення. Він наводить на підтвердження своїх слів цитату Сійеса: «Достатньо того, що хоче нація» [377, s. 79].

Проте, як нам видається, посилення на Сійеса у Шмітта тут трохи маніпулятивне. Шмітт взяв лише ідею необмеженої нації без контексту і без тих цілей, які ставили Французькі Установчі збори. Крім того, як ми побачимо далі, все ж таки Шмітт робить певні застереження в своїй теорії необмеженої установчої влади. Крокуючи на світовій арені, ідея необмеженої установчої влади, підхоплена за Шміттом, стала сприйматися гіпертрофовано. Найбільш яскраво ми побачили це при розгляді популістської теорії і практики установчої влади. В кінцевому рахунку ми отримали теорію-монстра необмеженої

установчої влади як дезиціоністської і водночас необмеженої. Шміттова інтерпретація Сійеса породила уявлення про необмежену первинну установчу владу жодною формою. Тобто Шмітт розв'язує парадокс установчої форми на користь відсутності будь-яких формальних обмежень. Багато авторів і постсуверенних теорій виходять із шміттівського підходу і само через це розробляють власні вчення. Так, як пише Е.Арато, установча влада однозначно розуміється як суверенна в традиційному розумінні її необмеженості або «в природному стані» [25, р.1].

Хоч установча влада широко розглядається як юридично необмежена влада народу створювати конституції, Р.Н. Фазел показує, що теорію Сійеса найкраще розглядати як секуляризовану теорію природного права, яка обмежує установчу владу [169]. Ми теж стверджуємо і намагатимемося показати і обґрунтувати, що ідея необмеженої установчої влади є міфом. Натомість ми постулюємо ідею обмеженої установчої влади (навіть якщо і не сприймати повністю постсуверенну парадигму зі всіма її постулатами).

Згадаймо думку із попереднього розділу – революційна традиція завжди була пов'язана з поняттям установчої влади. Позначаючи націю як суб'єкта (або носія) установчої влади, революційна традиція підкреслює її демократичний характер. Інша ж традиція концептуалізації прийняття конституції, еволюційний підхід, сягає своїм корінням у Німеччину та Великобританію. Ця традиція перевизначає політику як обмежений уряд [122, р. 15]. У. К. Пройс так само виокремлює два різновиди конституцій: революційні і інституціоналістські. Він виділяє дві альтернативні інтерпретації та самоінтерпретації, відповідно названі «радикально-демократичною» та «інституціоналістичною» [341, р. 640-641].

Тобто революційне самозаснування установчої влади традиційно конкурувало із ліберальним або консервативним підходами, які наголошують на важливості прав або законності (легальності). Якщо намагатися переінтерп-

ретувати установчу владу із революційного концепту на конституціоналістський, як ми це пропонуємо, то виникає ідея компромісу. Парадокс самозаснування дозволяє обґрунтувати розрив процедурного і в певній частині матеріального континуїтету, у тому числі спираючись на критерії легітимності революції. При цьому подальше здійснення установчої влади не вважатиметься необмеженим. Та проблема в тому, що такий конституціоналістський підхід не був вбудований саме в доктрину установчої влади і зараз нам потрібно пересформувати саму доктрину.

Сьогодні такі тенденції все більш очевидні. Поряд із радикально-демократичним поглядом на установчу владу починає формуватися вже конституціоналістський (інституційний) підхід в контексті самої доктрини. Так, О. Башкіна пише, що радикальні демократи відстоюють позаправовий політичний зміст установчої влади як революційної дії, а конституціоналісти виступають за установчу владу, приборкану в рамках конституційних обмежень [44].

При цьому ми пам'ятаємо також ідею постсуверенної теорії. Постсуверенна теорія установчої влади вирішує парадокс самозаснування шляхом відкидання суверенного статусу народу (нації). Постсуверенна теорія установчої влади, як на нас, встановлює певну ідеальну конструкцію правонаступності, круглих столів, тимчасової конституції, конституційного контролю. Це один із варіантів дотримання процедурного континуїтету. В цьому плані вона є консервативною. Проте все ж ліберальні обмеження установчої влади тут віддаються на відкуп плюралістичній деліберативній демократії, що не завжди добре.

Ми виходимо з того, що установча влада не інтерпретується в формальних поняттях («це влада щодо прийняття конституції», тобто безвідносно до процесу ухвалення і змісту її тексту) і вона не спирається винятково на принцип ефективності (здійснення ефективного контролю певним органом, що

промовляє від імені установчої влади). Установча влада – це доктрина, що виражає демократичну правову легітимаційну вимогу до створення і прийняття конституції, а також внесення до неї змін, яка знаходить своє вираження у процедурах і принципах. Вона або використовується тими силами, які здійснюють ефективне управління, ефективний контроль, або ні. З іншого боку, апеляція тимчасового уряду як мети його роботи саме до реалізації установчої влади народом підсилює демократичну легітимність тієї сили, що здійснює фактичний контроль. Навпаки, ігнорування ідеї установчої влади може призвести до делегітимації владних сил і перетворення правління в диктатуру. Установча влада є хоч і не єдиною, але панівною на сьогоднішній день концепцією демократичної легітимації конституції.

Питання про межі установчої влади тісно пов'язане із парадоксом установчої форми, який ми розглянули у попередньому розділі. Сама ідея установчої влади дозволила розірвати континуїтет і створити принципово новий порядок. Що заважає це робити без будь-яких обмежень щодо змісту і форми? Чи, навпаки, ми маємо говорити про обмеженість установчої влади, незважаючи на те, що первина установча влада, що розуміється як революційна, повністю розриває правонаступність?

Критику суверенної (дезиціоністської, необмеженої) теорії установчої влади ми вже наводили. Основним противником такої теорії є постсуверенна теорія, апологетом якої вважається Е.Арато. В рамках цієї теорії установча влада приборкується до її інституційних проявів (без розриву процедурного континуїтету), також всіляко вітається створення запобіжників (судовий контроль тощо). Також постсуверенна модель апелює до досвіду суспільних переговорів, інклюзивної участі в процесі конституцієтворення зацікавлених акторів і ідеї консенсусу. Найбільш схвально оцінюється модель іспанської конституції 1978 року, заснована на пакті. Тобто йдеться про вимоги інсти-

туційної установчої влади, а первинна (оригінарна) форма заперечується через недоліки, що породжує конституційна революція і розрив континуїтету.

Очевидно, що у випадку інституційної (вторинної) установчої влади, коли прийняття і зміни конституції здійснюється відповідно до існуючих правил старої (чинної) конституції, тобто без розриву континуїтету, здійснення установчої влади як процедурно, так і змістовно обмежено. Можуть існувати правила щодо внесення змін, формули незмінюваності, а багаторівневий дизайн (в разі наявності) буде визначати особливі процедури для внесення змін до тих чин інших положень. Також може експліцитно передбачатися судовий контроль за внесенням змін (або закріплюватися «самопроголошеними» повноваженнями органом конституційної юрисдикції, тобто бути імпліцитним).

Що ж можна сказати саме про первинну (оригінарну) установчу владу? Ми є прихильниками обмеженості такої установчої влади. Як ми вже бачили у попередньому підрозділі навіть Сійес не був прихильником необмеженої установчої влади, а відома формула п. 16 Декларації прав людини і громадянина 1789 року вказувала: «будь-яке суспільство, в якому не забезпечені гарантії прав і не визначено поділ влади, не має Конституції» [138]. У цьому підрозділі ми далі розглянемо саме межі первинної установчої влади, що реалізується вперше або із розривом конституційного континуїтету. Як би не намагалася теорія постсуверенної установчої влади замінити революцію реформою, треба визнати, що це об'єктивно неможливо і близька перспектива повної відмови від первинної установчої влади в цьому плані в світовому масштабі не передбачається.

Які це обмеження? На думку М.Розенфельда, не тільки минуле, але й сьогодення та майбутнє неминуче будуть стримувати творців революційної конституції [351, р. 39]. Як вказує Венеційська комісія, демократія не може бути зведена до простого вираження волі народу (CDL-INF(2001)023. Про-

міжний висновок про конституційну ситуацію в Федеративній Республіці Югославії).

В цьому підрозділі ми підемо шляхом розкриття різних підходів, які склалися щодо обмежень первинної установчої влади, в наступних підрозділах будуть розкриті обмеження, які накладаються на здійснення вторинної (інституційної) установчої влади шляхом т.з. незмінюваних положень і питання судового контролю за їх дотриманням. Окрема увага буде присвячена динамічному аспекту і обмеженням, пов'язаним із судовим тлумаченням.

Р. Боннар на початку своєї класичної праці, присвяченої актам 1940 року у Франції, розкриває дискусію щодо природи оригінарної установчої влади між представниками школи природного права і позитивізму [61, р. 8-14]. Відповідні підходи також детально описує К. Гьозлер: на думку позитивістів, первинна установча влада є неюридичною владою, перевірка цієї влади не є компетенцією юристів, оскільки неможливо дати інтерпретацію подій і дій, які визначили першу організацію держави. З іншого боку, є різні автори, які вбачають юридичну силу у виникненні установчої влади на різних засадах [198]. Н. Султані в цьому ж ключі пише про дебати між двома протилежними таборами вчених, які він називає за відсутності кращих термінів «популістами» та «конституціоналістами» [397, р. 289].

Розглянемо позитивістський і природно-правовий підхід (як їх називають Р.Боннар, К.Гьозлер) або підхід популістів і конституціоналістів (за Н. Султані). Тобто погляди тих, хто виступає за відсутність юридичних обмежень, а також тих, хто існування таких обмежень, навпаки, підтримує.

Розглянемо спочатку погляди тих, хто вважає первинну, оригінарну владу необмеженою. Почнемо із К.Шмітта. На його думку, народ, нація залишається коренем усіх політичних подій, джерелом усієї влади, яка завжди виражається в нових формах, завжди виникають нові форми й організації, але ніколи не підпорядковує своє політичне існування остаточній формі [377, s.

79]. Що цікаво, Шмітт все ж визнає – подальша розробка і формулювання політичного рішення, яке народ приймає безпосередньо, потребує певної організації, процедури, для якої практика сучасної демократії виробила певні вправи та звички, з якими тепер треба працювати [377, s. 84]. Очевидно, що такі «звички» Шмітт не називає процедурними обмеженнями, проте насправді визнання їх існування хоч і в непрямій формі само по собі показово. Та все ж загалом саме Шмітт залишається при цьому автором необмеженості установчої влади.

О.Водянніков виступає за обмеженість похідної установчої влади, проте за необмеженість первинної [502, с. 24-25]. За Д.Мурсвік установча влада є ненормативною нормативністю, вона є інстанцією, яка створює правові норми, а саме: встановлює матеріально-правовий порядок держави, не будучи в змозі бути охопленим такими нормами [311, с. 258].

Ідея необмеженої установчої влади, тобто такої, що повністю належить народу (принаймні в частині змісту) і що залежить від його волі і рішення, повністю узгоджується із концепцією слабкого конституціоналізму, автором якої є Ж. Колон-Ріос [98]. На його думку, якщо є речі, які не можуть зробити звичайні владні інституції, навіть якщо вони відповідають певним вимогам, тоді необхідно буде направляти здійснення установчої влади через механізми участі в конституційних змінах. Цей підхід прагне реалізувати її радикальний демократичний потенціал [97, р. 304-305]. Концепція «слабкого конституціоналізму» Ж. Колон-Ріоса підходить до здійснення установчої влади після прийняття конституції не як до загрози, а як до потенційної реалізації демократії на рівні основних законів [98, р. 188]. На його думку, обмеження установчої влади не є правовими [99, р. 244].

На підтвердження своєї ідеї необмеженості установчої влади вчений наводить рішення Конституційного трибуналу Перу № 014–2003- AI/ TC, п. 17 [384]. У відповідному рішенні Конституційний трибунал стверджує, що чин-

ність конституції не залежить від того, чи була вона «прийнята органом, наділеним такими повноваженнями, і відповідно до законодавчо встановленої процедури». Крім того, можемо навести також тезу, яку неодноразово стверджував Вищий федеральний трибунал Бразилії, що установча влада («первісна»), не підлягає жодним нормативним обмеженням, будь то матеріальним чи формальним, оскільки вона походить від здійснення фактичної або надпозитивної влади.

Е-В. Бокенфьорде вважає, що повний перегляд не підлягає будь-яким об'єктивним чи змістовним обмеженням, керується лише процедурними правилами і, таким чином, є відкритим для діяльності установчої влади шляхом конституційного референдуму [58, с. 21]. Цю думку він висловлює аналізуючи закріплення процедури повного перегляду в попередній Швейцарській конституції, яка дійсно формально раніше (до 1999 року) не містила незмінюваних положень, але зараз ця ситуація змінилася, що свідчить про певну еволюцію практики.

Із необмеженості первинної установчої влади робиться висновок і про неможливість будь-якого контролю (передусім, судового) за її здійсненням [503, с. 56; 733, с. 31]. Більш детально про питання такого контролю ми будемо говорити у окремих підрозділах, проте зазначимо, що в практиці ФКС Німеччини (рішення від 23 жовтня 1951 року і від 18 грудня 1953 року) зустрічаємо досить цікаві позиції, які демонструють можливість перевірки цим судом положень Основного Закону *per se* на відповідність формулі вічності, що є прикладом якраз судового контролю за первинною установчою владою (хоч і в досить оригінальний спосіб). І це якраз є аргументом на користь існування обмежень установчої влади.

Так, у рішенні від 23 жовтня ФКС погодився з КС Баварії, який зазначив: «Той факт, що конституційне положення само по собі є недійсним, концептуально не виключається просто тому, що воно само по собі є частиною

конституції. Існують конституційні принципи, які є настільки елементарними та настільки виражають право, яке також передує конституції, що вони є обов'язковими для самого конституцієдавця і що інші конституційні положення, які не мають такого рангу, можуть бути недійсними через їх порушення» [67].

А у рішенні від 18 грудня 1953 р. ФКС вказував: «... ідея про те, що первинний конституційний законодавець може регулювати все за своєю волею, означає повернення до духовної байдужості позитивізму, який був подоланий в юридичній науці і практиці... Навіть первинний творець конституції повинен бути захищений від небезпеки подолання крайніх меж справедливості.... В їх виключному характері не можна сумніватися... Той факт, що творець Основного закону включив в нього і, отже, зробив позитивними норми, які часто називають над законними (наприклад, в статтях 1 і 20), не позбавляє їх цієї особливої якості. Їх конкретизація, особливо щодо того, в якій мірі є допустимими винятки з них, знаходиться в рамках вільної компетенції конституційного законодавця, але при цьому лише в тій мірі, в якій не перевищуються крайні межі справедливості» [71].

Водночас в рішенні від 30 червня 2009 р. по справі щодо Лісабонського Договору Федеральний Конституційний Суд Німеччини (г. 217) висловився так: «Чи зв'язана установча влада універсальним характером гідності, свободи та рівності, тобто у випадку, якщо німецький народ ухвалюватиме нову конституцію у вільному волевиявленні, але у з дотриманням континуїтету стосовно вищості Основного Закону, може залишатися відкритим» [68].

Загалом в німецькій доктрині багато пишуть про обмеження установчої влади. Так, на думку О.Депенгойера, конституція не формує державу *ex nihilo*, з нічого. Кожна конституція повинна спиратися на культурні передумови, історичну обумовленість і рамкові політичні обставини, які незмінно її визначають [426]. Ми також згодні із Ф. Мюллером в тому, що питання про

установчу владу є конституційним, а отже, нормативним питанням, і як таке вилучене з формального свавілля та змістовної нейтральності [310, s. 15].

Процесуальну і змістовну обмеженість первинної установчої влади визнає і П.Габерле на підставі стаття 16 Французької Декларації прав людини і громадянина 1789 року, яку ми вже цитували. На його, цей мінімум змісту утворює єдину «мінімальну межу», кращу конкретизацію установчої влади народу. При цьому існує також мінімум процедурних шляхів, на яких або в яких виражається установча влада [213, s. 87]. На думку П.Габерле, існує "загальний" (що з'єднує Європу та Північну Америку) канон змістовних та процедурних правил установчої влади народу: принаймні в типі "конституційної держави" та в рамках конституційної теорії [213, s. 57].

Ми вже згадували у попередньому розділі про три підходи до установчої влади Г.-П. Шнайдера. Так от, залежно від цих трьох підходів, ми маємо різні точки зору на обмежувальний потенціал установчої влади. Соціологічне розуміння створює необмежену теорію, політичне – підкріплюються аргументами, які мають свої коріння в конкретній політичній культурі чи традиції, і тоді матеріальні межі установчої влади також можна визначити. У нормативній інтерпретації обмежують установчу владу не конкретний нормативний зміст, а насамперед форми та процедури самого конституційного генезису [226, s. 57].

Загальний висновок Г.-П.Шнайдера такий: якщо сприймати теорію установчої влади народу серйозно і не зводити її до метафори простого «мовного образу» чи просто «міфу», то можна розпізнати і термінологічні (формальні) і змістовні (матеріальні) межі «установчої влади» [226, s. 69]. Поняття установчої влади вже містить три елементи, що ведуть до її обмеження: конституцію, надання (встановлення) і владу. Установча влада повинна відповідати вимогам, поставленим до неї завданням створення конституції [226, s. 69-70]. Якщо ж носій установчої влади нехтує всесвітньо визнаними засадами будь-

якої політичної системи, йому доведеться миритися з питанням, чи заслуговує взагалі те, що він збирається створити, назвати конституцією. Ще одне обмеження установчої влади ґрунтується на тому, що її передача народу за принципом народного суверенітету визначає не лише демократичну процедуру створення конституції, а й демократичну структуру самої конституції. Інакше – народ суперечив би власній легітимності [226, s. 71].

Е.-В. Бокенфьорде теж вважає установчу владу обмеженою: конституція означає правопорядок і організацію державно-політичної влади. Під цим вона має на увазі водночас їх структуру та розмежування; вони іманентні кожному правовому порядку, незалежно від того, як цей порядок розроблений. Тому певний ступінь конституційності, що означає відокремлення від будь-якої влади або суто свавільного правління, вже розглядається і передбачається в концепції конституційної влади [58, s. 16]. Нація в цьому сенсі у своїй політичній волі формується певними духовними, моральними, культурними уявленнями та переконаннями. Постульовані таким чином зв'язки та межі установчої влади розуміються або як юридичні зобов'язання, накладені ззовні в силу надпозитивного права, або як внутрішнє обмеження за своєю суттю всеохоплюючої свободи установчої влади. Передусім визнання прав людини постулюється як такий накладений юридичний обов'язок або внутрішнє обмеження *pouvoir constituant* [58, s. 27]. Таким чином, автором аналізуються фундаментальні питання обмеженості установчої влади з огляду на саму її природу, а також природно-правові обмеження, а також обмеження, які можна назвати конституційною традицією.

Якщо говорити про змістовні обмеження, то їх досить добре показує М.І. Козюбра: «Базові цінності, на яких ґрунтуються тексти конституцій усіх сучасних демократичних держав, – це надбання багатовікової історії розвитку конституціоналізму, творчих зусиль мислителів різних часів і народів» [563, с. 93].

Зустрічаються компромісні погляди. Такого роду думку висловлює Т. Маунц. З одного боку, він доводить, що установча влада не підпорядкована жодним матеріальним чи процесуальним правовим обмеженням, що лежать у тій же правовій площині. Проте з іншого боку, на думку Т.Маунца, обмеження установчої влади можуть походити з таких правових сфер, які вищі, ніж сфера, в якій народ сам приймає рішення про форми свого існування. Тому установча влада пов'язана не існуючими процедурними правилами, але лише наддержавними правами людини. Вона може бути обмежена міждержавними договорами, коли вони уможливають і ставлять у рамки діяльність Установчих зборів, а у сфері федерального державного устрою – федеральними законами, якщо йдеться про створення конституції держави – члена федерації [301]. Як бачимо, у Т. Маунца фігурує два види обмежень установчої влади: наддержавні права людини і міжнародне право. Факультативним елементом можуть бути обмеження, що випливають із федеративної структури (за її наявності). Хоч вчений не визнає саме характеру їх як правових обмежень, тим не менше сам факт їх наявності вже досить показовий.

Що ж стосується можливості покладення певних процедурних обмежень на саму себе, то Т.Маунц правий, що такі обмеження не стоять вище самої первинної установчої влади. Тим не менше вони існують і виконують регулятивну роль. Більше того, вони не є самою установчою владою, а існують поза нею, є зовнішніми по відношенню до неї. Їх якість і подальше дотримання пов'язане із дотриманням критерію легітимності, тобто суті подальшої реалізації установчої влади як такою в процедурному плані. В цьому випадку процедурні правила, якщо вони несумісні із ідеями процедурної демократії, легітимності тощо очевидно не можуть виконати функцію належного демократичного волеутворення і в цьому аспекті (мінімальне демократичне ядро) такі обмеження існують поза самої установчої влади, критерій чого власне і висуває Т.Маунц. Влада, що здійснює ефективний контроль, звичайно, має доволі

значний обсяг розсуду у формулюванні такого роду правил. Покладання попередніх матеріальних обмежень на установчу владу і подальший судовий контроль за ними (кейс ПАР) є яскравим прикладом трансформації ідеї революційної необмеженої установчої влади шляхом надбань постсуверенних теорій. До того ж такого роду матеріальні обмеження, що містяться у тимчасових конституціях, рішеннях референдумів тощо, часто дають можливість позитивізувати багато природно-правових ідей. Але не тільки. Тут дійсно є певний дискусійний момент, коли в такому випадку наперед задається шміттівське «рішення про тип і форму політичної єдності», тобто коли всі ключові параметри форми правління вже існують і установча влада має їх дотримуватися. Проте і в революційній концепції установча влада, якщо перед цим відбувалася антимонархічна революція, навряд чи ризикне відновлювати монархію, тобто такого роду обмеження існують неформально у самому змісті революційного розриву, певних незворотних змінах у самому суспільстві. Тому формалізація таких змін або її відсутність вже не так важлива як певний рівень консенсусу у суспільстві.

К. Гьозлер робить свої застереження щодо необмеженості установчої влади. З одного боку, він вважає, що установча влада з юридичної точки зору є необмеженою, а з іншого – що вона не позбавлена фактичних впливів. Якщо первісна установча влада не враховує обставини суспільства, встановлені нею правила ризикують народитися мертвими [198, р. 43-44].

М. Лафлін обґрунтовує власну концепцію і доводить, що є матеріалістичною помилкою зведення установчої влади до факту або сили (*strength or force*). Причому, на його думку, демократія і конституціоналізм не є суперечливими рухами [293, р. 111-113]. А. Шайо і Р. Уітц, з чим ми згодні, бачать небезпеку в радикальній, необмеженій версії установчої влади. Віра «в людей» хитка, оскільки «народ» схожий на сплячий вулкан, готовий до виверження без особливого попереднього попередження [369, р. 56].

Як на нас, в якійсь мірі намагання узгодити між собою наявність певних обмежень призводить до використання помітної шміттівської ідеї про конституції як рішення про тип і форму політичної єдності. Таким чином, шляхом здійснення установчої влади народ приймає рішення про тип і форму політичної єдності. В цьому він не обмежений (із певними застереженнями, які ми навели трохи раніше). Проте обмеження можуть все ж існувати щодо інших аспектів установчої влади (процедурні обмеження, природні права і міжнародне право).

Ми пропонуємо для характеристики меж установчої влади використувати ідею надконституційності, яка б охоплювала обмеження, пов'язані із природним і міжнародним правом¹⁵. З урахуванням наявності обмежень ми би говорили про певну свободу розсуду, яка є в рамках суверенних повноважень народу щодо здійснення установчої влади (якраз в розумінні рішення про тип і форму політичної єдності, як про це писав Шмітт), проте все ж не називали би саму установчу владу необмеженою. Існуючі ж обмеження ми вважаємо юридичними.

Як вказує О.В. Грищук, відповідний плюралізм і відносна свобода розсуду ґрунтується на ідеї плюралізму цінностей [521, с. 134]. Ідея розсуду, про

¹⁵ Зауважимо, що ідею надконституційності розвивали також в такий спосіб, щоб вона охоплювала питання про незмінювані положення самої конституції. Про вживання «надконституційності» саме в такому контексті – див.: [248; 355; 390]. Ми ж не включаємо до поняття надконституційності власне експліцитно виражені у самій конституції незмінювані положення (які є конституційними обмеженнями інституційної установчої влади і достатньо дискреційними в кожній національній конституційній системі). Існує також ще одна інтерпретація ідеї надконституційності - вона може не бути пов'язана із попереднім підходом, і стосується характеристики доктрини «конституційного блоку», і в рамках неї визначає певні внутрішні акти ієрархічно вищими щодо самої конституції (наприклад, Литва, Молдова) [441, 442]. Ця ідея ближче до нашого підходу, проте скоріше вибудовує внутрішню ієрархію конституційних актів в національній системі, створюючи певний ерзац конституційного блоку або власне «конституційного блоку» *per se* (наприклад, Молдова). В такому форматі дійсно обмеження первинної установчої влади впливають із національних актів, проте вони є скоріше не універсальними, а індивідуальними для конкретної країни.

який ми кажемо, відсилає також до аналогії з полем розсуду держав у міжнародному праві в сфері прав людини. М.В. Буроменський пише про концепцію свободи вибору в міжнародному праві, яка полягає у свободі вибору альтернатив відкритого розвитку. Водночас концепція свободи вибору є несумісною із цілим рядом проявів в політичному житті держав, таких як апартеїд, геноцид, расова дискримінація, тоталітаризм, месіанство, гегемонізм тощо [487, с. 66-67]. Про концепцію поля розсуду держави пише С.В. Шевчук [802], хоча в трохи іншому ключі – ця концепція є однією із центральних у практиці ЄСПЛ, який оцінює потенційні порушення державами ЄКПЛ.

Між тими, хто обстоює обмежену установчу владу і тими, хто обстоює її необмежений варіант, існує конфлікт в площині протиставлення соціального факту (принципу ефективності) і уявленої в більш складних поняттях легітимністю. Сама установча влада, будучи створеною для забезпечення легітимізації конституції, сприймається за такого (необмеженого) підходу як соціальний факт, що знаходиться поза правом, а тому регулюванню/аналізу/правовому обмеженню не підлягає. Але ж це справедливо при повністю чистому позитивізмі. Чи підлягає установча влада природно-правовому обмеженню? Вважаємо, що так, оскільки із самого початку установча влада виникла не як позитивістська ідея, а скоріше з'явилася як така, що тяжіє до природно-правової.

На наш погляд, необмеженість оригінарної установчої влади є по великому рахунку грандіозним міфом, який ми спробували розвінчати. Обмеження установчої влади виникають і діють у тих випадках, коли органи установчої влади зіштовхуються з іншими видами легітимності, що існують в правовому порядку зовні (міжнародне право), так і в середині (природно-правова, звичаєва легітимація). Крім того, оригінарна установча влада накладає обмеження вже сама на інституційну установчу владу.

Чи є обмеження, про які ми говоримо, юридичними? Так, є. Звичайно, якщо ми вважаємо юридичним природне право і права людини. Не варто забувати і про міжнародне право. Обмеження природно-правового і міжнародно-правового характеру ми пропонуємо вважати надконституційними.

Обмеження також накладає сама суть установчої влади, тобто це обмеження, пов'язані із внутрішньою природою самого явища. Це певне мінімальне демократичне ядро, яке має бути присутнє у процесі здійснення установчої влади. Оскільки концепція установчої влади носила яскраво виражений антистановий (антиабсолютистський) характер, то багато в чому вона сама по собі є теоретичним продуктом розвитку ідеї природного права, переходу від звичаю до писаного права, ідеї формальної конституції, що нерозривно пов'язана із матеріальною конституцією. Таким чином, установча влада обмежена уявленням про природне право і про себе саму в природно-правовій доктрині. Це можна назвати теоретичними, доктринальними, логічними, раціоналістичними обмеженнями природно-правового характеру. Йдеться про необхідність встановлення базових принципів конституційного порядку, форми правління, устрою тощо, легітимованого народом (прямо або опосередковано) і з повагою до прав людини. Це можна також назвати вимогами матеріальної конституції.

В позитивістському розумінні обмеження також можуть існувати, якщо вони є наслідком формальних приписів, які накладаються на установчу владу навіть при розриві континуїтету. Ми вже могли бачити, як суверенність (тобто міфічна необмеженість) установчої влади обмежувалася формальними актами, які ухвалював тимчасовий уряд або народ, за які орган установчої влади виходити не міг. Це, як правило, процедурні акти, ухвалені владою, що здійснює фактичне управління до набуття чинності новою конституцією, що регулюють діяльність самих органів установчої влади, виборів до них тощо.

За Т.Маунцом це досить «слабке» обмеження, яке сама установча влада може і скасувати, тим не менше воно існує і його дотримуються задля легітимності процесу. Більше того, ми вважаємо його зовнішнім по відношенню до установчої влади, хоч і в деяких випадках воно може максимально нагадувати установчу владу, якщо, наприклад, воно стосується матеріальних принципів і запроваджується референдумом, тобто користується надзвичайною демократичною легітимністю. За таких умов, коли можна забезпечити такого роду легітимність, і є доречним такого роду матеріальне обмеження (а не процедурне) установчої влади. За певних умов можна дискутувати про те, що в такому випадку навіть здійснюється передустановча влада або сама установча влада реалізується у два етапи. Постсуверенна теорія розширює навіть ці рамки, додаючи до такого роду матеріальних обмежень певний пакт про перехід (демократизацію), який має деліберативну природу, але не класичну демократичну легітимність у вигляді прийняття рішень шляхом застосування прямого чи представницького народовладдя.

Більше того, при розгляді установчої влади із позицій постсуверенних теорій, принаймні в частині більшого залучення різних акторів до створення конституційного тексту, бачимо, що такого роду тимчасові конституції, пакти, які уклалися перед прийняттям конституції, створюють обмеження (цілком юридичного характеру), дотримання яких потім перевіряється судами. Одним із показових прикладів є залучення до такого процесу конституційних судів (найбільш яскравий приклад – ПАР).

Отже, в контексті постсуверенної теорії згадаємо приклади втручання судової влади (яке ми аналізували у другому розділі на прикладі ПАР). На думку Н. Султані судове уникнення конституційного вакууму і судовий контроль за формуванням волі під час революційних потрясінь підтримує уявлення про установчу владу як необмежений політичний орган, що встановлює новий політичний порядок [397, р. 320].

Обмеження первинної установчої влади впливають також із установчих актів, якими проголошується незалежність держави. Ці акти установча влада вже не може відкоригувати (ідея надконституційності Д.Жалімаса). Практиці відоме також таке явище, як доустановча влада (*poder preconstituyente*), яку виокремлює Верховний Суд Аргентини. Тобто це зайвий раз доводить можливість існування формально закріплених обмежень. Заради справедливості, треба сказати, що в контексті Аргентини йшлося про доустановчу владу в аспекті дотримання конституційного континуїтету і накладання обов'язків на спеціальний конвент, проте чому цей концепт не може існувати як самостійний і поширюватися на більш широке коло випадків?

Часто недооцінюється таке джерело права, як звичай, яке непрямо згадується ще у К. Шмітта. Таким чином, обмеження можуть впливати із певних звичаїв матеріального характеру, що існують в правовій системі, а також бути результатом правового звичаю щодо здійснення установчої влади (в процедурному аспекті). Звичаї формують конституційну традицію, те що називають тяглістю, конституційну ідентичність в широкому сенсі цього слова.

Навіть у випадку революції конституція, незважаючи на процедурний або матеріальний розрив континуїтету, все ж навряд чи може повністю здійснити розрив з усією правовою системою, що існувала до неї, з усім правом. Вона виникає не на «пустому місці». Такого роду повний розрив просто неможливо забезпечити. Тому існуючі в праві принципи, звичаї, прецеденти, нормативні акти, судові доктрини продовжують зберігати свій вплив на здійснення установчої влади. Установча влада вимушена зберегти щодо частини із цих джерел свою наступність з раціональних міркувань, а також багато з цих джерел можуть навіть «пережити» саму конституцію, якщо вона не зможе прожити довго (приклад Франції XIX ст.). Тому часто відбувається збереження (тією чи іншою мірою) змістовного континуїтету ключових принци-

пів, навіть за умови процедурного розриву континуїтету зі старою конституцією.

Через все це ми все ж не схильні однозначно стверджувати про абсолютно необмежений характер первинної установчої первинної влади. Якраз через надмірно «суверенний» характер концепція установчої влади і зазнає критики (наприклад Е.Арато [25; 26]). Первинний установчий конституціодавець як суверен все ж обмежений в субстантивному значенні природним правом, правами людини, міжнародним правом, конституційними звичаями, конституційною традицією, судовою практикою і доктриною (не кажучи вже про процедурні обмеження самого демократичного процесу реалізації відповідної установчої влади, що пов'язані з обговоренням, принципом більшості, народної легітимації тощо – це все впливає з різних концепцій демократії: дискурсивної (деліберативної), процедурної тощо). Ці обмеження в різній мірі можуть мати вплив через переконливість і розумність вже існуючої правової традиції (сформована судова практика, правові звичаї), а також можуть бути пов'язані з юридичними зобов'язаннями імперативного характеру (міжнародне право). Їх дотримання напряду пов'язане із необхідністю легітимації процедури і результату здійснення установчої влади (в середині країни і за її межами). Названі обмеження також можуть доповнюватися соціологічними, культурними, моральними обмеженнями.

У Перу свого часу Конституційний трибунал визнав реалізацію первинної установчої влади узурпацією влади, спираючись на принцип легітимності (і не підтвердив тим самим необмеженість установчої влади, а також абсолютність принципу ефективності)¹⁶. Багато країн, відновлюючи демократію після внутрішньої узурпації або зовнішньої окупації, відновлювали свої консти-

¹⁶ Конституційний трибунал Перу в рішенні від 21 січня 2003 р. 014-2002-АІ/ТС [383] як один із шляхів сам пропонував парламенту заміну Конституцію 1993 року та відновлення чинності Хартії 1979 року, проте політиками був обраний шлях конституційної реформи.

туції, заперечуючи легітимність «установчої влади», якою іноді намагалися прикрити відповідні сили свої недемократичні і агресивні дії [327]. Такого роду приклади і міркування і є відповіддю на популістську конституційну теорію необмеженої установчої влади.

Як ми вже зазначали, К.Л. Шеппеле пише про таке поняття, як неконституційна установча влада [373], а Р. Діксон і Д. Ландау – про зловживання установчою владою [147, р. 116-151]. Тобто первина установча влада, що є необмеженою, ніяк не вписуються у відповідний критичний кут зору, який все більше стає поширеним в науці.

У деяких випадках (як от, наприклад, у ФРН) обмеження первинної установчої влади можливе на підставі формули вічності (незмінюваних положень), що міститься в цій же конституції, як це свого часу встановив ФКС, перевіряючи первинний текст Основного Закону на відповідність цій формулі. Отже, формули вічності можуть мати регулятивний вплив навіть на прийняття конституції із розривом континуїтету (хоч це і є досить дискусійним).

Це обмеження первинної (оригінарної) установчої влади. Що ж стосується інституційної установчої влади, то на неї поширюються вищевказані обмеження в тій мірі, де це можливо, а також діють додаткові – т.з. незмінювані положення конституції, а також процедурні норми щодо здійснення інституційної установчої влади, визначені самою конституцією. Тобто первинна установча влада додатково обмежує реалізацію інституційної установчої влади. До речі, намагання позбутися обмежень інституційної установчої влади якраз часто штовхає популістів до використання доктрини первинної установчої влади і хибного уявлення про неї як необмеженої. Якби вони розуміли її обмеженість, а серед вчених-конституціоналістів домінували представники природно-правового підходу, то навряд чи б існувала якась підстава для таких міркувань. На жаль, позитивістські погляди є ще досить сильними і

це визначає підґрунтям для маніпуляцій первинною установчою владою (але це не знімає відповідальності із самих популістів).

Матеріальна конституція існує в багатьох джерелах і зберігає частково свою дію навіть при прийнятті нової формальної конституції із розривом процедурного континуїтету. Ці джерела впливають на створення письмової конституції, вони продовжують свою дію і еволюцію в подальшому, їх еволюція може мати ефект неформальних змін конституції шляхом еволюції матеріальної конституції, створюючи феномен живої конституції. Це і звичай, і судова практика, і законотворчість. Ті ж самі незмінювані положення конституції можуть виводитися в подальшому судовою гілкою влади, яка формулює імпліцитні незмінювані положення. Тим самим шляхом неформальних змін можуть створюватися навіть обмеження інституційної установчої влади.

Саме про такого роду обмеження (природне право, міжнародне право, а також процедурні обмеження, незмінювані положення (і контроль за їх дотриманням), роль неформальних змін до конституції тощо) ми будемо говорити у цьому розділі. Більш детальному дослідженню згаданих вище обмежень і будуть присвячені наступні підрозділи.

Загалом, узагальнюючи вищенаведене, обмеження установчої влади (як первинної, так і інституційної) можуть бути: Матеріальні (змістовні) і процедурні, Зовнішні по відношенню до установчої влади (міжнародне право, акти проголошення незалежності, природні права людини, звичай, тимчасові конституції) і внутрішні (що встановлені первиною установчою владою – для вторинної установчої влади, наприклад, незмінювані положення).

Висловимо декілька слів окремо про матеріальні (змістовні, субстантивні) і окремо – процедурні обмеження. По-перше, зупинимося суто на процедурах, які обмежують установчу владу при прийнятті конституції.

Навіть А. Негрі, що відомий як прихильник революційної версії установчої влади, вважає її обмеженою, принаймні в певних аспектах: «Незважаючи

на те, що конституційна влада є всемогутньою, вона все одно має бути обмежена в часі...» [316, р. 2]. Вже неодноразово згадуваний нами К.Шмітт, що не вважає установчу владу обмеженою, висловлюється таким чином: «Сучасна практика демократичних конституцій виробила певні методи, будь то вибори установчих зборів чи референдум. Ці методи часто асоціюються з ідеєю демократичної легітимності, так що певна процедура включається в поняття легітимності, і тоді справді демократичними називають лише ті конституції, які знайшли згоду більшості громадян в процедурі таємного індивідуального голосування» [377, s. 90]. Тобто названі процедури і їх якість є певною мірою запорукою легітимності конституції, якщо слідувати логіці К.Шмітта.

Як писав К.Шмітт, у сучасній демократії практикується демократична, тобто як визнана «демократична» процедура розроблено так звані установчі національні збори, що обираються на засадах загального і рівного виборчого права, яких дотримуються, зокрема, при скасуванні конституції та створенні нової. Проте є й інші демократичні процедури, а саме це такі ситуації, коли: а) конституційні норми приймають і затверджують Національні збори, б) редакційні збори (з'їзди), рішення яких в подальшому затверджують на всенародному голосуванні (референдумі) або іншим прямим або непрямим, але явним підтвердженням проєкту громадянами, які мають право голосу; в) Конституційний конвент для федеральної конституції. Тут конституція може бути підпорядкована згоді людей окремих держав-членів; г) Загальний референдум (плебісцит); д) Винятки та особливі випадки в цій демократичній практиці [377, s. 85-86]. Тому з точки зору процедури здійснення установчої влади, звичайно, ми не можемо звести її реалізацію до якоїсь однієї схеми. Водночас можна виокремити ті, які, які використовуються як типові форми.

Ми погоджуємося із тим, що будь-який конкретний випадок конституційного дизайну повинен мати справу з певними основними питаннями орга-

нізації та процесу. Вони включають визначення осіб, які будуть залучені; коли ця участь має місце; і як актори повинні діяти з точки зору формулювання, обговорення та затвердження тексту. Імовірно, існує стільки варіантів процесу, скільки конституцій, але з'являється кілька загальних моделей [102, р. 34].

А.Шайо і Р.Уїтц вказують, що легітимність може впливати з повноважень суб'єкта, який здійснюють суверенітет, або з дотримання певних процедур та/або надання остаточного схвалення процедури або, принаймні, її кінцевого результату [369, р. 58].

На думку Г.-П. Шнайдера, зміст установчої влади аж ніяк не є «дикою» первісною чи природною силою, яка має можливість приймати будь-які нормативні акти, а радше повноваженням створювати та формувати конституційний лад. Установча влада зі свого боку потребує регламентації та порядку, без яких вона не змогла б виконувати свої завдання, бо через свавілля як щодо конституційної сутності, так і в процесі конституційного створення, вона ніколи не зможе створити основоположний правовий порядок політичної спільноти [226, s. 61-62]. Якщо установча влада закріплена за народом, то конституційне створення має відповідати демократичним принципам [226, s. 64].

М.В. Савчин також виокремлює ряд вимог до установчих процедур повинні відповідати таким вимогам: «1) Існування легітимних органів влади, які уповноважені від імені народу призначати та забезпечити прийняття або внесення змін до конституції; 2) У разі відсутності конституції, важливу роль відіграють інститути політичної системи суспільства, національні традиції демократії, що слугують основою так званих «передконституційних норм»; 3) Процедурне забезпечення установчого процесу» [720, с. 101; 723, с. 310].

Всі названі вимоги по суті є процедурними обмеженнями, які право пред'являє до установчої влади для забезпечення легітимності процесу (на-

віть якщо експліцитно це все ніде не було врегульовано до ініціювання і початку такого процесу). Звичайно, тут є ризик, який описує С. Вердуго: «Приклади свідчать про те, що політичні лідери можуть віддати перевагу використанню простої та небезпечної версії ідеї установчої влади як політичного нарративу, і вчені мало що можуть протиставити цьому факту» [424]. Водночас, як на нас, це не підстава для того, щоб вченим підігрувати політикам і самим відмовлятися від своїх поглядів.

Е-В. Бокенфьорде описує чотири основні способи реалізації установчої влади при прийнятті конституції [58, s. 20-22]. Г.-П. Шнайдер також називає щонайменше чотири варіанти: суто плебісцитарне здійснення установчої влади через конституційні запити та конституційні рішення; представницька діяльність установчими (народними) зборами; комбінація обох процедур (проект Національних зборів з подальшим плебісцитом) або федеральна легітимація конституції (також можлива у зв'язку з вищезгаданими варіантами) [226, s. 59]. Переважає точка зору, взята з демократичної теорії, полягає в тому, що найкращий процес масштабних, офіційних конституційних змін – це «відкритий» процес із залученням надзвичайних інституцій [326].

Дж. Блант, З. Елкінс і Т. Гінсбург наводять цікаву статистику – кількісні показники ухваленням конституцій із використанням тих чи інших органів або процедур, до якої ми рекомендуємо звернутися [190]. В цілому, механізми реалізації установчої влади можуть бути достатньо різними, саме тому про особливості і недоліки таких способів ми будемо говорити в окремих підрозділах. Та в цілому, наявність таких способів, неможливість вигадати принципово нові способи (хоч і визнаючи певну еволюцію в аспекті деліберативної, учасницької демократії тощо), ці процедури можна вважати обмеженнями (хоч і які допускають розсуд у виборі конкретної процедури серед існуючих).

Дії розробників конституційних проєктів пов'язані з іншими правилами або можуть бути описані як зв'язані іншими правилами [290, р. 19]. Більше того, навіть за умов революції можливий судовий процедурний контроль, який суперечить ідеї необмеженості установчої влади. Це яскраво продемонстровано на прикладі т.з. «Арабської весни». Н. Султані демонструє як судова влада гальмувала формування установчої влади і фактично стверджувала свою перевагу над нею [397, р. 121].

По-друге, розглянемо матеріальні обмеження. Вони стосуються передусім надконституційного природного права (прав людини) і міжнародного права (його імперативних норм, які теж головним чином спрямовані на права людини, в деяких випадках міжнародне право грає більш значущу роль – у випадку післявоєнної окупації).

Для характеристики матеріальних обмежень установчої влади згадаємо В. Старосольського, який звертав увагу на наступне протиріччя. «Права людини» за змістом суперечать основі вчення про «народну суверенність» [742, с. 19]. Водночас в частині прав ми погоджуємося із О.М. Бориславською, яка посилається на Французьку декларації прав 1789 року, в тому, що при ухваленні конституції установча влада обмежена вимогами природного права [484, с. 177].

Дійсно, з самого початку обмежити установчу влади у Франції намагалися, ухваливши першою (перед конституцією) Декларацію прав людини. Установча влада, отже, все ж була обмежена концептуальними засадами поділу влади і правами людини, як про це сказано у п.16 Декларації прав людини 1789 р. Проте розуміння установчої влади як влади абсолютної щодо створення нового порядку взяла у Франції згодом своє.

Матеріальні бар'єри – це права людини і сама демократія. Крім того, жоден конституцієдавець не може дозволити собі ігнорувати цінності та основні переконання, які сьогодні є міцними нормами міжнародного співтова-

риства. Це, перш за все, збереження людської гідності та захист прав людини, яких дотримується кожна установча влада [226, s. 70]. Мабуть із урахуванням наведеної думки справедливо стверджувати, що окрім згаданих загальних обмежень, установча влада не підлягає жодним змістовним обмеженням [226, s. 77]. Та все ж ми би зробили ряд застережень.

Суверенітет первинної установчої влади (передусім установчих зборів, в такому випадку установчі збори вважаться несuverенними) може бути також обмежений з точки зору змісту положень майбутньої конституції попередньо ухваленою тимчасовою конституцією, рішенням референдуму або іншим актом. В такому випадку постає питання щодо дотримання таких обмежень.

Загалом, залучення конституційних судів або судів в цілому у конституційний процес, що здійснюється в рамках оригінарної установчої влади, як ми вже казали, прихильниками необмеженої установчої влади ніяк не коментується. Та все ж така практика існує, більше того, вона визнається представниками постсуверенної теорії.

В ситуації розриву конституційної наступності, коли основні правила політичного життя неясні, малоімовірно, що конституційні суди можуть зіграти помітну роль. Однак в ряді примітних випадків суди перетворюються в політичних гравців, що досить активно втручаються події і навіть досягають певних успіхів [64]. Це досить яскраво нами було продемонстровано на прикладі ПАР у попередньому розділі при описі постсуверенної теорії.

У 2015 році Конституційна палата Верховного суду Гондурасу прийняла безпрецедентне рішення в порівняльній юриспруденції, в якому положення конституції, тобто продукту оригінарної установчої влади було визнано неконституційними. Положення, про які йдеться, стосувалися встановлення та захисту обмежень президентських повноважень (Рішення F-165 (2015) від 22 квітня 2015 р. [256]. Не вдаючись в деталі справи і обґрунтованість позиції (яка є доволі контраверсійною), зазначимо лише, що певною мірою тут ми

маємо схожу на ретроспективну оцінку положень Основного Закону, як це мало місце в практиці ФРН, проте із конкретним результатом – положення були визнані неконституційними.

Деякі формальні акти можуть бути надконституційними, тобто такими, що визначають матеріальні межі змісту самої конституції. Д.Жалімас прямо визнає існування надконституційних актів, наприклад, актів проголошення незалежності [441; 442, р. 12]. Їх зміст прямо впливає на зміст конституції і конституція не має їм суперечити. Така ситуація можлива, якщо визнається доктрина конституційного блоку, причому вона (ідея конституційного блоку) часто мислиться ієрархічно – коли один акт із такого блоку може бути вищим за юридичною силою щодо іншого конституційного акту.

Відповідні ситуації, коли конституцієдавець матеріально є обмеженим, можуть бути пов'язані також із певним формальним рішенням – обмежити його свободу певними принципами. Звичайно, це рішення має хтось ухвалити (перехідний уряд, тимчасова або попередня вада при транзиті, народ на референдумі). І от це первинне рішення формально не буде обмежене попереднім правом, крім ідеї надконституційності (з огляду на природно-правові і міжнародно-правові обмеження і обмеження, що впливають із правової традиції і звичаїв).

Отже, матеріальні обмеження можуть носити формальний або неформальний характер. При формальному характері перелік таких обмежень може варіюватися залежно від того підходу, який був обраний при їх запровадженні (внутрішньодержавне право) або є більш стійким (якщо вони виливаються із міжнародного права). Неформальні обмеження стосуються певних основоположних принципів права і природних прав людини.

Розглянуті обмеження стосуються створення конституційного тексту як продукту установчої влади. Це конституційна статика, яка доповнюється динамічним аспектом постійно відтворюваної легітимності, яку забезпечують

інші актори (наприклад, легітимність безсторонності за П.Розанваллоном). Йдеться про неформальні зміни конституції і судове тлумачення. Саме тому роль засобів, що забезпечують динамічну легітимність, також може бути охарактеризована як обмеження установчої влади, яке водночас є об'єктивною межею самих можливостей реалізації установчої влади. До цього питання ми додатково повернемося при характеристиці неформальних змін до конституції.

3.2. Незмінювані положення конституції

Одним із найбільш показових є такі обмеження установчої влади, що накладаються шляхом застосування т.з. незмінюваних положень конституції. Повної і абсолютної незмінюваності як властивості всієї конституції сьогодні не існує. Така абсолютна незмінюваність виглядає нежиттєздатною і ніде в світі сьогодні не визнається. Формальні правила щодо конституційних поправок існують із часу виникнення перших писаних конституцій. Наша мета у цьому підрозділі – детально розглянути прямі вимоги, що забезпечують незмінюваність окремих положень конституції, а також вказати на імпліцитну незмінюваність.

Такі вимоги не були одразу розповсюдженими (хоч ситуація за декілька століть досить сильно змінилася). Йдеться про т.з. незмінювані конституційні положення, які забороняють в тій чи іншій формі вносити зміни до конституції. Незмінюваність пов'язана із вказівкою на певні норми або принципи, які не можуть зачіпатися. Крім того, як було показано в минулому підрозділі, незмінюваність може стосуватися всього тексту, але лише щодо певних чітко визначених часових проміжків (темпоральна незмінюваність). Вимоги щодо незмінюваності можуть також стосуватися матеріальних (субстантивних) та/або формальних (процедурних) аспектів.

Досить детально питання незмінюваних положень конституції висвітлені у працях Я. Рознаї [355; 356; 457; 358], Р. Альберта і Е.Б. Одер [14], М. Ползін [334], С. Сьюто [398], Г. Джейкобсона [244], Г. Дітце [143], А. Барака [42] та інших [371; 406].

За однією з версій, вперше незмінюване положення було сформульовано в ст. V Конституції США – жоден зі штатів без його згоди не може бути позбавлений рівного з іншими штатами права голосу в Сенаті¹⁷. Хоч це положення формально все ж є положенням про «квазівічність», як його називає Е. Арато, оскільки за згоди штату все ж зміни внести можна [26, р. 412]. А от Р. Альберт взагалі вважає, що у Конституції США відсутні формальні незмінювані норми. На його думку, рівність представництва штатів у Сенаті стала конструктивно незмінною (*constructive unamendability*), оскільки жоден штат не може вільно погодитися на зменшення свого представництва в Сенаті [11, р. 184].

М.Гейн провів детальне дослідження виникнення таких положень, він вважає першою в цьому плані Конституцію Гельветської Республіки 1798 року [229, р. 235]. В контексті Європи варто згадати Основний Закон Норвегії 1814 року. Відповідно до ст. 112 Конституції Королівства Норвегія пропонувані поправки не повинні суперечити конституційним принципам, але стосуватися лише зміни окремих положень, що не змінюють зміст Конституції [594, с. 124]. Згодом лише небагато європейських країн наслідували норвезьку модель і кодифікували подібні положення: Греція (у її конституціях 1864, 1927, 1952 і 1968 років) і німецькі землі Баден-Вюртемберг (1946) і Саар (1947) [229, р. 236].

У Франції конституційний закон 1884 р. поклав край можливості повернення до монархії, передбачивши, що республіканська форма правління не

¹⁷ Детальніше про історію виникнення незмінюваних положень див.: [229; 357, р. 25-29].

може бути предметом перегляду. Це положення було збережено в Конституціях 1946 і 1958 рр. [248] Відповідно до ст. 89 чинної Конституції Французької Республіки 1958 р. Республіканська форма правління не може бути переглянута [401] (інший варіант перекладу – «республіканська форма правління не може бути об'єктом жодних змін» [615, с. 63]).

Проте найбільшого поширення матеріальні вимоги до конституційних змін набули лише у XX столітті. В Україні ж такі незмінювані положення закріплені у ст. 157 і 158 Конституції України 1996 року [611].

Загалом, генетично важливою є ідея матеріальної конституції як певних неопозитивних принципів і меж установчої влади в цілому. Може існувати фундаментальне ядро, яке не підлягає зміні [97, р. 184]. Та вочевидь, що конкретні причини, що спонукали укладачів конституції до фіксації незмінюваних положень, є доволі специфічними в залежності від країни і конкретних історичних умов, в яких перебувала країна.

Сьогодні, особливо після Другої світової війни, формули незмінюваності стали пов'язувати із доктриною войовничої демократії. Значним поштовхом до поширення відповідних формул стало падіння диктаторських режимів у XX ст. і переосмислення слабкості демократій, що призвела до становлення тоталітаризму. Повалення тоталітарного режиму в Німеччині відкрило шлях до закріплення незмінюваних положень. Формули незмінюваності стали певним чином гарантами стабільності правопорядку. Старі ж демократії, на кшталт США, що не мали досвіду тоталітаризму, на цей рахунок особливо не переймаються і, якщо казати про ті ж США, встановлюють лише процедурну незмінюваність, а не матеріальну.

Загроза демократії, що може виходити з процесу змін до конституції нікуди не зникла і по нині. Д. Ландау пише про зловживаючий конституціоналізм, пов'язуючи його з досвідом останніх інцидентів у різноманітній групі країн, таких як Угорщина, Єгипет та Венесуела. Вчений продемонстрував,

що інструменти конституційних поправок та змін можуть бути використані потенційними автократами для підриву демократії з відносною легкістю [267, р. 189]. Так само, на думку В. Парлетта, незважаючи на своє романтичне зображення у більшій частині літератури, офіційні зміни конституції є небезпечним моментом для демократій. Останній досвід показує, що цей процес може стати потужним інструментом для тих, хто прагне підірвати демократичне управління [326, р. 73].

До речі, подекуди, що великий математик Курт Гьодель, за чутками, в останню хвилину засумнівався в доцільності набуття американського громадянства після того, як він дізнався, що відповідно до ст. 5, в Конституцію США можна внести зміни, які він, як біженець з нацистської Німеччини, може не прийняти [244, р. 460]. Отже, за Р. Діксон і Д. Ландау, часто поправки, прийняті відповідно до формальних демократичних процедур, переслідують антидемократичні цілі або спрямовані на те, щоб «зловжити» нормами конституційного права, наприклад допомогти президенту продовжити термін своїх повноважень, усунути стримуючі фактори, що діють стосовно виконавчої влади та засновані на принципах парламентаризму чи федералізму, звузити або призупинити гарантії захисту прав людини [149]. Це все чудово демонструє важливість питання незмінюваності конституції і незмінюваних положень конституції.

Ідея незмінюваних положень також вписується в ліберальну логіку щодо обмеження демократії (волі народу) певними принципами. На думку Ф. Гаєка, згода підкоритися волі тимчасової більшості щодо окремих проблем ґрунтується на розумінні, що ця більшість буде твердо дотримуватися ще загальніших принципів, що заздалегідь заклала ще універсальніша інституція [508, с. 186]. Як зазначає Р.Дворкін, повинні існувати конституційні правила, які передбачають, що більшість не може скасувати майбутні вибори, наприклад, або позбавити прав меншості [157, р. 2].

Гаєк і Дворкін будували свою аргументацію на ідеї конституційної (ліберальної) демократії. Саме захист її і є принциповим при створенні таких незмінюваних положень, але їх спрямованість є досить широкою і не обмежується лише правилами ліберального устрою.

Незмінювані положення, на наш погляд, варто розглядати як рішення оригінарної установчої влади щодо обмеження майбутніх рішень інституційної установчої влади і само собою, традиційних владних гілок (законодавчої, виконавчої, судової). Причому таке рішення може ґрунтуватися на ліберальних уявленнях, природних правах чи міжнародних стандартах, а може мати своїм джерелом захист конкретних конституційних принципів, які є важливими в певній національній конституційній системі (наприклад, принцип територіальної цілісності).

Доктрина неконституційних змін до конституції сьогодні отримала значне поширення у порівняльному конституційному праві [352, р. 166]. При цьому правильною є думка Г.Галмаї про те, що ті положення, які кваліфікуються як незмінні, є найбільш грубим втручанням у суверенітет влади щодо внесення змін до Конституції [223, р. 35-36]. Але треба також уточнити, що таке втручання робить сама установча влада (оригінарна) для подальшого здійснення інституційної установчої влади.

На думку Г. Галмаї, попередні покоління, як правило, заслуговують на відсутність довіри до розробників пізніших конституцій [223, р. 82]. Таким чином, положення, які не можуть бути змінені, відображають певну недовіру до тих, хто має право вносити поправки [356, р. 17].

З одного боку, звичайно, якби була можливість уникнути механізмів незмінюваності, їх би не використовували. Проте, напевно, обираючи між застосуванням і незастосування незмінюваних положень, зваживши всі за і проти, багато посттоталітарних країн обрали модель незмінюваності. Надалі

ми розглянемо критику незмінюваності. А зараз сформуємо одразу тезу про її термінологічну неідеальність.

Отже, маємо зробити застереження щодо термінології. Ми оперуємо терміном «незмінювані положення» (англ. «unamendable provisions»), яке живається в науці [325, р. 437; 356, р. 17]. Незмінювані положення обмежують повноваження щодо внесення змін до конституції, вони забороняють здійснювати такі повноваження щодо певних конституційних суб'єктів, принципів або інститутів [356, р. 21]. Замість терміна «незмінювані положення» можуть використовуватися також інші терміни: застереження про незмінюваність, застереження про вічність, формула (клаузула, гарантія) вічності чи незмінюваності («eternity clause» – англ. [398], «Ewigkeitsgarantie» – нім., «immutable clauses» – ісп. [184, р. 60]). Термін «гарантія вічності» використовується безпосередньо в рішеннях Федерального конституційного суду Німеччини. ФКС Німеччини у рішенні щодо Лісабонського договору, BVerfGE 123, 267 - Lissabon (п. 214) прямо вказує на гарантії вічності [68].

В літературі часто звучить критика, яка спрямована на вживання терміну «вічність». На думку Я.Рознаї, «навіть положення, які не підлягають змінам, піддаються змінам, внесеним позаконституційним чином. Більше того, їх зміст також може змінюватися через судове тлумачення» [357, р. 23-24]. Вчений стверджує, що вдалішим є термін із бразильського конституційного права, де відповідні положення називають «petrous clauses» (в оригіналі – *cláusula pétrea* – кам'яна клаузула або кам'яні положення) [356, р. 129].

Е. Арато (до прикладу, вважає, що конституційне страхування у формі у формі правил вічності та незмінних конституцій можуть бути неспроможними [26, р. 418]. На його думку, емпірично, постсуверенна парадигма навряд чи призведе до положень про вічність [26, р. 412]. Це досить серйозний закид і ми обов'язково маємо його враховувати при оцінці ефективності і доцільності таких положень.

На нашу думку, що «кам'яність», що «вічність» – це певні метафори, які набули доктринального статусу. Конкретний термін, вжитий для позначення відповідного явища, може варіюватися залежно від країни і відповідних національних юридичних традицій і юридичної техніки. Такі метафори позначають юридичні презумпції («кам'яності», «вічності»), і такі презумпції в ході історії, звичайно, можуть бути спростовані (якщо все таки не зможуть забезпечити відповідну незмінюваність на практиці). Допоки вони (презумпції) не спростовані, до них слід ставитися серйозно і визнавати як незмінювані положення, «формули вічності» тощо.

Тому саме з огляду на вищевказане ми маємо наголосити на необхідності не перебільшувати роль семантики слів «вічність» і «незмінюваність» і не переоцінювати регулятивний вплив незмінюваних положень, не розглядати їх як своєрідну панацею для захисту тих чи інших цінностей у довгостроковій перспективі.

Поділ конституційних положень на два види обґрунтовує також У.К. Пройс, який називає таку модель дуалістичною конституцією [343, р. 446]. Незмінювані положення також називають «абсолютним закріпленням» («absolute entrenchment») – п. 89, 201, 206, 219 Доповіді Венеційської комісії про внесення змін до конституцій [348] (далі – Доповідь CDL-AD(2010)001-e). В усіх випадках йдеться про положення конституції, які забороняють вносити до неї зміни. Надалі в статті ми будемо ототожнювати усі наведені формулювання, вживаючи узагальнений термін «незмінювані положення», або «формула незмінюваності» чи «формула вічності» (за винятком тих випадків, коли ми будемо згадувати авторську позицію певного вченого, тоді буде використаний той термін, яким оперує той чи інший автор, також збережена термінологія Венеційської комісії).

Ще один важливий аспект. Як свідчить практика, незмінювані положення можуть бути не лише формально встановленими в позитивному конститу-

ційному тексті. Зарубіжний досвід свідчить про значну роль у формулюванні незмінюваних положень судів, які тлумачать конституцію. Як приклад, можна назвати доктрину базової структури конституції (Індія) [256] і доктрину заміщення конституції (Колумбія) [55], вироблену судовими органами цих держав. В такому випадку формуються імпліцитні незмінювані положення. У цих же країнах суттєву роль для формування імпліцитних незмінюваних положень відіграла ідея ідентичності конституції. А словосполучення «конституційна ідентичність» часто вживається у багатьох країнах (завдяки легкій руці ФКС Німеччини) щодо конституційних формул вічності (незмінюваності)¹⁸.

Так, у справі *Solange I* (1974 р.) Федеральний Конституційний Суд Німеччини зазначив, що стаття 24 Основного закону, яка говорить про передачу суверенних прав міжурядовим установам, «не відкриває шляху до зміни основної структури конституції, на якій базується її ідентичність, без конституційних змін, а саме через законодавство про міжурядові органи» (п. 43). Крім того, «...стаття 24.1 Основного закону не відкриває шляху до "зміни основної структури конституції, на якій базується її ідентичність" і на якій, зокрема, засновані її основні права, через законодавство міжурядових установ» (п. 81) [72]. Цю ж тезу Федеральний Конституційний Суд Німеччини підтвердив у справі *Solange II* (1986 р.), зазначивши, що положення статті 24.1 Основного закону «не дозволяє надання суверенних прав міжурядовим установам відмовлятися від ідентичності чинного конституційного ладу Федеративної Республіки Німеччина...» (п. 104) [73]. В рішенні від 30 червня 2009 р. по справі щодо Лісабонського Договору (Lissabon) [68] Федеральний Конституційний Суд Німеччини роз'яснив, що стаття 79.3 Основного закону визначає ідентичність конституції (п. 208).

¹⁸ Про конституційну ідентичність див: [483; 566; 735].

У літературі також використовується термін «unamendability», тобто незмінюваність. Незмінюваність може бути пов'язана із певними позитивними і експліцитно вираженими в тексті конституції положеннями, але вона може також виявлятися у імпліцитних положеннях, що формулюються судовими органами (в обох випадках експліцитно або імпліцитно виражена незмінюваність характеризується нами крізь призму незмінюваних положень).

Р. Альберт запропонував попередню типологію шести основних форм незмінюваності (англ.: «unamendability») в ліберальних демократіях. Ці форми незмінності вчений розділив на дві основні категорії — матеріальні та процесуальні — з трьома другорядними варіаціями: формальні, неформальні та теоретичні [11]. Вчений виокремлював також конструктивну незмінюваність, яка походить від політичного клімату, який робить малоімовірним, хоча й не неможливим, досягнення необхідної більшості для прийняття формальної поправки [11, р. 182]. Згодом у спільній праці Р. Альберт у співавторстві із Б. Е. Одер запропонували вісім варіантів форм незмінюваності. В основу класифікації вчені покладають декілька критеріїв: незмінюваність у конституційному тексті може бути як прямо зазначена формально так і не зазначена (є неформальною), може стосуватися змісту поправки або самої процедури змін. Додатково можуть існувати вимоги в часі: або тимчасові або діяти стільки, скільки сама Конституція. Тому існує чотири форми матеріальної незмінюваності: експліцитна чи імпліцитна незмінюваність, зі строком дії чи без такого строку. Також може бути чотири форми процедурної незмінюваності: формальна та неформальна зі строком дії чи ні [14, р. 5].

По суті, використовуючи термін «незмінюваність», Р. Альберт і Б. Е. Одер позначають ним певний стан, тобто сукупність низки характеристик, що забезпечують власне незмінюваність на практиці, тобто як фактичний результат [11; 14, р. 5]. Незмінюваність постає в дуже широкому розумінні — як

сукупність низки факторів. При цьому така незмінюваність сама по собі не впливає лише із незмінюваних норм, а й охоплює інші фактори і обставини.

Якщо ж оперувати терміном «матеріальні обмеження» щодо внесення змін до конституції, то, з одного боку, вони є більш широкими, ніж незмінювані положення (оскільки не обов'язково означаються саме незмінюваність), а з іншого – не охоплюють процедурну незмінюваність. Матеріальні обмеження традиційно складаються з двох груп: абсолютні обмеження, що включають незмінювані положення *per se*, та відносні обмеження. Лише абсолютні обмеження щодо внесення змін до конституції можна охарактеризувати як незмінювані положення. Для того, щоб з'ясувати суть відносних обмежень, можна звернутися до аналізу Д. Жалімас, який на прикладі Литви описує три випадки відносних обмежень [442]. Так само виокремлюють абсолютну незмінюваність і посилену сувору процедуру внесення змін до конкретних положень, що є майже «незмінністю» на практиці (п. 216 Доповіді CDL-AD(2010)001-е). Це фактично є аналогом абсолютних і відносних обмежень.

Наведену вище тезу Венеційської комісії і ідею відносних обмежень можна розвинути за рахунок ідеї про те, що конституційний дизайн часто є багаторівневим. За ідеєю Р. Діксон і Д. Ландау багаторівневий конституційний дизайн має на меті поєднати переваги жорсткості та гнучкості, створюючи різні правила внесення змін до конституції для різних частин конституції [146, р. 438]. Система порогів декількох рівнів для зміни конституції стала частиною правил в ряді країн: багато нових основних законів включають різні правила зміни різних своїх частин [149].

Ж. Колон-Ріос підтримує ідею розрізнення правил щодо внесення змін залежно від змісту. Для того, щоб конституційний режим відповідав вимогам демократичної легітимності, він повинен розрізняти звичайні та фундаментальні конституційні зміни. За відсутності такої різниці кожна окрема зміна конституції вимагала б такого рівня мобілізації, який би тривіалізував уста-

новчу владу та/або зробив би конституційні зміни такими ж віддаленими та нечастими, як заснування нової держави. Якби ж ці демократичні процеси просто проводилися за звичайною процедурою внесення поправок, тобто якби народу та законодавчому органу були надані однакові повноваження щодо конституційного тексту, установча влада першого стала б не відрізнятися від встановленої влади [99, р. 243, 244]. Обидва сценарії є неприйнятними. Саме тому щодо змін фундаментальних, базових речей може запроваджуватися або ускладнена процедура, порівняно з іншими змінами, або повна заборона на внесення змін щодо певних питань. Можлива також комбінація цих підходів.

Такого роду ідеї висловлюють і інші вчені. На думку А.Шайо і Р. Уітц, конституціоналізм вимагає, щоб конституції мали пряму дію і були здатні захистити себе, – це пояснює смислове навантаження, яке покладається на закріплені положення конституції, щодо яких встановлений особливий порядок внесення змін або скасування [369].

М. Гейн вважає, що із самого першого використання головною функцією загальних заборон було захист основ сучасного конституціоналізму [229, р. 241]. Тут можна також навести його позицію, коли вчений виділяє загальне поняття «положення про закріплення» (англ.: *entrenchment clauses*), а всередині нього два різновиди. По-перше, «загальні заборони внесення поправок», а також «загальні обмеження щодо внесення поправок», які розрізняють дві або більше груп конституційних предметів, щодо яких застосовуються різні жорсткі правила внесення змін [229, р. 227]. Перший різновид – це те, що ми називаємо незмінюваними положеннями, другий різновид – це той самий згаданий вище багаторівневий конституційний дизайн за Р. Діксон і Д. Ландау.

Мова йде про те, що за матеріальними критеріями (змістом змін) ми відмежовуємо одну процедуру внесення змін (більш просту) від іншої (більш складної). За своєю природою багаторівневий конституційний дизайн вста-

новлює матеріальні межі внесення змін до конституції, проте не обов'язково в формі незмінюваності, а може набувати форми ускладненої процедури внесення змін до конституції. Отже, при вживанні терміну «матеріальні обмеження», не обов'язково йдеться саме про абсолютні матеріальні обмеження щодо внесення змін до конституції. Цей аспект треба враховувати, використовуючи відповідні терміни.

Зазначимо лише, що за умови наявності різнорівневих вимог до затвердження змін до конституцій гарантується і сам зміст змін: багаторівневі процедури часто спрямовані на захист фундаментальних принципів і пошук більшого консенсусу в політичному середовищі, а також використання елементів прямого народовладдя. До прикладів багаторівневого дизайну можна віднести конституційне регулювання у Естонії (ст. 162-166 Конституція Естонської Республіки) [588, с. 152-154], Латвії (п. 77-79 Глави 5 «Законодавство» Конституції Латвійської Республіки) [596, с. 29], Болгарії, (ст. 158 Конституція Болгарії) [585. С. 63], Польщі (ч. 5 і 6. ст. 235 Конституції Польщі) [602, с. 227], Іспанії (ст. 167-168 Конституції Іспанії) [592, с. 157] тощо.

Повертаючись до незмінюваних положень, як ми вже зазначали у попередньому підрозділі, їх часто кваліфікують як надконституційні норми (*supra-constitutional norms*). Дійсно, історично ідею надконституційності розвивали саме таким чином і в такий спосіб, щоб вона охоплювала питання про незмінювані положення самої конституції. Ми ж пропонуємо використовувати ідею надконституційності для характеристики меж установчої влади, пов'язаних із природним і міжнародним правом, але не включати до поняття надконституційності власне експліцитно виражені у самій конституції незмінювані положення. Такі незмінювані положення якраз можуть мати відповідне надконституційне походження (у природному або міжнародному праві), а можуть мати своїм джерелом виключно волю установчої влади (тобто

допускається широка свобода розсуду у встановленні тих чи інших незмінюваних положень різного змісту).

Зрозуміло, що така заплутаність в термінології, яку ми навели, не може не позначатися на якості досліджень незмінюваних положень, оскільки дуже часто різні вчені тією самою назвою позначають відмінні явища. Ми розглядаємо незмінювані положення вузько, тобто як абсолютно незмінювані (а не як форму багаторівневого дизайну).

Звернемося до експліцитних варіантів закріплення таких положень (формул незмінюваності) в зарубіжних конституціях. Як зазначає Ю.Г.Барабаш, в багатьох випадках на рівні конституції найбільш принципові положення виділяються шляхом надання їм статусу недоторканих¹⁹, тобто таких, які за будь-яких умов не підлягають зміні [453, с. 160]. Ю.Г. Барабаш [453, с. 161] називає дві тенденції конституційного закріплення недоторканих положень: від встановлення чіткого переліку таких положень до закріплення лише загального формулювання стосовно обмеження в конституційному реформуванні²⁰.

Вартим нашої уваги є підхід Венеційської комісії, яка розрізняє положення і принципи. Відносно невелика кількість конституцій містять правила про те, що певні положення, які не можуть бути змінені – це означає, що будь-яка запропонована поправка до формулювання положення є неприйнятною. Більш поширеним методом, однак, є закріплення того, що певні принципи в конституції не можуть бути змінені. Це набагато більш гнучкий підхід, який дозволяє певною мірою проводити зміни до тих пір, поки підтримуються основні елементи охоронюваних принципів (п. 209 Доповіді CDL-AD(2010)001-е [348]).

¹⁹ В нашій термінології – незмінюваних.

²⁰ Із контексту зрозуміло, що під недоторканими положеннями мається на увазі те, що ми називаємо «незмінюваними положеннями».

Прикладом положень у вищенаведеному розумінні Венеційської комісії можуть бути незмінювані положення турецької конституції, яка вказує норми, зміни до яких внесені бути не можуть²¹. Країни, в конституціях яких містяться саме принципи – Франція, Італія, Чехія, Португалія, Україна (п. 210-214 Доповіді CDL-AD(2010)001-е) [348]).

Приклади положень (у розумінні Венеційської комісії) і принципів із зарубіжних конституцій ми наводили і аналізували у своїй окремій публікації [467], тому не будемо на них детально зупинятися. Зазначимо лише країни і статті їх конституцій, а саме: Бразилія (стаття 60, § 4) [104], Греція (ч. 1 ст. 110 Конституції) [587], Чехія (ч. 2 ст. 9 Конституції Чеської Республіки) [616, с. 103], Швейцарія (ч. 193 Конституції Швейцарської конфедерації) [618, с. 79], Бельгія [591, с. 105], Румунія (ст. 148 Конституції) [607, с. 119-120], Італія (стаття 139 Конституції Італії), Португалія (ст. 288 Конституції) [598, с. 315], Кіпр (ч. 1 ст. 182 Конституції) [599, с. 232], Туреччина (ст. 4 Конституції) [609, с. 261], Боснія і Герцеговина (ч. 2 ст. X Конституції) [586, с. 94], ФРН (ст. 1 і 20).

Змістовне наповнення формули незмінюваності може еволюціонувати за допомогою практики її застосування (формуванні звичаю) або судового тлумачення. Це відбувається в процесі судового контролю за внесенням змін до конституцій або в інших справах, які розглядають конституційні або верховні суди. Ми зіштовхуємося із непростою дилемою. Незмінювані положення повинні грати регулятивну функцію. Водночас надмірне і невиправдане захоплення незмінюваністю може зіграти з нею самою злий жарт – її просто ніхто не буде сприймати всерйоз і ми ризикуємо отримати багато таких парадокса-

²¹ Такий підхід використано також у Конституції Республіки Кіпр.

льних кейсів, на кшталт тих, що відбулися в Португалії і Казахстані (незмінні положення самі були змінені)²².

Якщо казати про конкретний зміст, то М. Гейн доходить цікавого висновку: «Історично практично жодне конституційне положення чи принцип хоча б раз не було захищено загальним положенням про закріплення» [229, р. 241]. На думку Венеційської комісії, серед спеціальних принципів, що охороняються незмінністю, зазвичай, можна знайти один або кілька наступних: фундаментальна демократична (або республіканська) форма правління, федеративна структура, суверенітет, територіальна цілісність і деякі основні права і свободи (п. 215 Доповіді CDL-AD(2010)001-е [348]). Якщо в минулому незмінні положення лаконічно захищали переважно форму державного правління, то після Другої світової війни захист поширився на багато інших ознак держави, включаючи основні права і свободи [223, р. 79].

Як стверджують Ю.М.Бисага і А.Ю. Нечипорук, існують досить різноманітні національні установки щодо визначення таких «непорушних» положень конституцій [481, с. 67]. Р.Альберт досить детально досліджує причини, чому розробники конституції вирішують створити незмінювані норми, і виокремлює 7 таких обставин [10, р 139-172].

В будь-якому разі встановлення незмінюваних положень – суверенне право установчої влади. Як вчені ми можемо говорити лише про доцільність фіксації тих чи інших положень в певних суспільствах як незмінюваних, а також про (не)ефективність надмірно широкого чи надмірно вузького переліку. Звичайно, такі положення функціонують в конкретних умовах політичної системи, парламентаризму, правової культури і звичаїв. І головне – вони діють в умовах конкретної судової влади, представникам саме якої і надається право здійснювати перевірку дотримання незмінюваних положень при вне-

²² Мова йде про зміну самих незмінюваних положень або суттєву їх трансформацію шляхом тлумачення. Про це детальніше див [53].

сені змін до конституції (за відсутністю прямої вказівки – вони самі за собою таке право визнають, рідше – відмовляються визнавати). Саме про судовий контроль за внесенням змін до конституції ми і поговоримо далі.

Я. Рознаї обстоює ідею, за якою чим більше схожі демократичні характеристики повноважень щодо внесення поправок до властивостей первинної конституційної влади, тим менше вона повинна бути обмежена; і навпаки: чим ближче вона до законодавчої влади, тим більше вона повинна бути пов'язана обмеженнями [354, р. 23; 356, р. 62]. Схожу думку, яка пов'язана із конституційним контролем, висловлює Г. Джейкобсон [244, р. 487]. Серед українських вчених в цьому переліку можна знайти цю ідею у О.Ю.Водяннікова [502, с. 24].

Як стверджує Венеційська комісія, повинна бути можливість обговорення та внесення змін не лише до конституційних положень щодо уряду, а й до положень про основні права та до всіх інших частин конституції (Доповідь CDL-AD(2010)001-е [348]). Конституції, прийняті спочатку недемократичними режимами, повинні бути відкритими для демократичних дебатів, переоцінки та відносно гнучких поправок (там само).

Водночас ми повинні скептично поставитися до будь-якого особливого або абсолютного закріплення конституційних цінностей і запитати, чи відповідають ці формально закріплені цінності в реальності політичній культурі держави [13, р. 281].

Незмінювані положення містять далеко не всі конституції (цей аналіз див. у публікації [467]). Як стверджує Венеційська комісія, ситуація, пов'язана із наявністю незмінюваних положень в жодному разі не домінує (Доповідь про конституційні зміни CDL-AD(2010)001-е [348]).

Насправді це дуже важливий момент, який демонструє відсутність універсальних підходів щодо незмінюваності на практиці. І навіть за наявності

таких положень може бути відсутня конкретна судова юрисдикція щодо контролю за їх дотриманням [470].

Можлива також ситуація, коли відсутність експліцитної незмінюваності ще не означає, що практика не сформувала імпліцитні критерії незмінюваності (згадувані вже нами приклади Індії, Колумбії тощо). Проте, виходячи із кількісних показників, навіть разом узяті експліцитна і імпліцитна незмінюваність поки що все одно не може претендувати на універсалізм в конституційному праві. Конкурентом незмінюваних положень у цьому розумінні може вважатися багаторівневий конституційний дизайн (в термінології Р. Діксон і Д. Ландау). Крім того, значна кількість конституцій, а також практика політичних і судових органів свідчить про визнання за установчою владою досить широкого розсуду при внесенні змін до конституції.

Як це не дивно на перший погляд, незмінювані положення можуть бути не лише експліцитно вираженими, а й бути імпліцитними і виводитися судами. Експліцитні незмінювані положення можуть розширюватися органом конституційної юрисдикції за рахунок додавання імпліцитних. Про це свідчить кейс Італії. Таким же шляхом пішла практика в Молдові, Бразилії, і частково – Україні. Прикладом імпліцитних меж в чистому вигляді (за повної відсутності експліцитних) є Литва, Колумбія, Індія. Як зазначає Конституційний трибунал Перу, окрім прямих матеріально-правових обмежень (т.зв. кам'яних положень) можуть існувати непрямі матеріально-правові обмеження щодо внесення змін до конституції [383; 384].

На думку Г. Галмаі, глобальна тенденція, особливо після Другої світової війни, спрямована на сприйняття судами явних та неявних (експліцитних і імпліцитних) обмежень щодо повноважень щодо змін до Конституції [22, р. 134]. Дійсно, як вказує Р. Альберт, конституційні держави іноді визнають незмінність, навіть якщо вона не кодифікована в конституційному тексті [10, р. 149]. При цьому тлумачення того, що є незмінним у чотирьох кутах кодифі-

кованої конституції, де її текст не визначає нічого як формально незмінне, є якісно іншим видом діяльності, яке, ближче до завдання створення конституції, ніж тлумачення [12, р. 8].

Якщо з експліцитними, явними формулами незмінюваності ми більш менш розібралися, то імпліцитні незмінювані норми це більш складна матерія. Ці норми можуть виводитися органами конституційного контролю або формуватися в якості звичаю. Венеційська комісія стверджує, що посилання на «неявну незмінюваність» не є кращим способом захисту фундаментальних конституційних принципів (п. 218 Доповіді CDL-AD(2010)001-е [348]). Тим не менше, такий підхід є досить розповсюдженим.

На думку К.Гьозлера, без прийняття теорії природного права неможливо визнати юридичну правомірність цих «передбачуваних» неявних сутнісних обмежень, оскільки вони не мають жодного текстового підґрунтя [197, р. 102]. На нашу думку, погоджуючись із загальною тезою про суперечливість ідеї імпліцитних обмежень, все ж не обов'язково йдеться власне про природно-правову концепцію (що стверджує К.Гьозлер), а скоріше про той чи інший спосіб тлумачення (прочитання) конституції (наприклад, Литва, Індія, Колумбія). Природно-правове підґрунтя напряду впливає на права людини, а от щодо інших питань (форма правління, інші ключові правові принципи, ідея єдності конституційної матерії) можливі інші доктрини. При цьому конституційні суди саме відповідні базові положення щодо організації влади (а не прав людини) частіше формулюють як незмінювані. Більше того, Верховний Суд Індії в справі *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973 р.) прямо розкритикував ідею природного права і пов'язану з цим ідею незмінюваності конституції, сформувавши власну доктрину базової структури конституції на принципово відмінних від ідеї природного права засадах.

Треба розуміти альтернативу імпліцитній незмінюваності, якою є багаторівневий конституційний дизайн, що може бути більш ефективним і не ви-

кликати необхідність у формуванні відповідної судової практики. В якійсь мірі це застосовно до Іспанії, хоча деякі автори вбачають, що Конституційний Трибунал все ж схильний до вироблення доктрини імпліцитних незмінюваних положень [74, р. 262-264].

Як бачимо, імпліцитна незмінюваність не позбавлена критики. Тим не менше, вона є досить поширеною. Імпліцитні матеріальні межі змін, і, відповідно, незмінюваність можуть виводитися із самого поняття поправок і ідеї ідентичності конституції (за К. Шміттом). Якщо ми говоримо про поправки, то імпліцитною незмінюваністю буде та ситуація, коли ідентичність конституції втрачається, змінюється рішення «про тип і форму політичної єдності», якщо зміни переходять межу, за якою здійснюється повний перегляд принципів позицій. Якщо повний перегляд все ж дозволений, то може бути поставлене питання про те, що сама процедура порушена: замість процедури повного перегляду застосована процедура поправки. Незмінюваність також може формулюватися завдяки ідеї єдності конституції, тому її розбалансування окремими суперечливими поправками також може визнаватися неприйнятною (хоч самі по собі, взяті окремо, вони нічого не порушують).

Звичайно, такий розвиток в обхід формул незмінюваності можливий частіше за умов досить оціночного формулювання відповідних формул і тому існує певне поле розсуду (наприклад, якщо формулюються критерії оцінювання самих змін з огляду на неможливість порушення «прав людини», «демократії», «поділу «влади», «республіки» тощо).

А як кваліфікувати випадок, коли навіть експліцитні незмінювані положення ніколи не застосовуються в судовій практиці? Це дійсно можливо, якщо судовий орган конституційного контролю не має (і сам не визнає за собою) відповідних повноважень, або до нього із цього приводу ніхто ніколи не звертався. Питання в судовій практиці і відповідному зверненні до суду (як-

що відповідний контроль за дотриманням незмінюваних положень визнавати).

Так, з моменту затвердження Конституції Португалії в 1976 р. вона зазнала сім переглядів (1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 і 2005 рр.). Жоден із них не був оскаржений на основі принципу «незмінності», згідно зі ст. 288. Так само це питання не поставало в Норвегії, незважаючи на численні зміни Конституції (п. 203 і 208 Доповіді CDL-AD(2010)001-е [348]). Як вказує Е. Сміт в контексті Норвегії, одним із способів пояснити відсутність реальної перевірки може бути відсутність необхідності його перевірки [390, р. 388].

При цьому саме судовий контроль за здійсненням установчої влади і є тим наріжним каменем, який викликає найбільші дискусії і саме тому ми обрали наступний підрозділ для аналізу практики конституційних і верховних судів із цього приводу.

3.3. Судовий контроль за внесенням змін до конституції: компаративний аналіз

Судовий контроль за законами про внесення змін до конституції тісно пов'язаний із розглянутими вже поняттями незмінюваних положень. З іншого боку, сам конституційний контроль в принципі має існувати, щоб ставити відповідне питання. Адже, нагадаємо, що відповідно до ст. 120 Конституції Нідерландів конституційність актів парламенту й договорів не підлягає контролю з боку судів [593, с. 52]. Та це скоріше виняток, так чи інакше судовий контроль конституційності сьогодні є майже повсюдною практикою.

Крім того, важливо також артикулювати саму можливість розгляду явища неконституційних змін до конституції як такого. Г.Джейкобсон ставить таке риторичне питання: «Чи може конституція бути неконституційною? Ми можемо сприймати запитання як трохи химерне, начебто запитувати, чи Біблія може бути небіблійною» [345, р. 34]. Водночас ще К.Шмітт писав про не-

конституційні зміни до конституції; тобто зміни до Конституції, внесені без дотримання порядку, передбаченого конституційним законодавством для таких конституційних змін [377, s. 99].

Ми би не погодилися із висловлюваною тезою про те, що неможливість змінити текст конституції має скоріше політичний характер [369]. Можливості судового контролю за формулами незмінюваності, звичайно, не безмежні, проте вони є, багато країн їх визнають, тому недооцінювати їх не варто.

Як вказує Венеційська комісія у Доповіді CDL-AD(2010)001-е [348], положення про незмінюваність (формули «вічності») не діють виключно самі по собі. Їх гарантування може забезпечуватися судовим контролем (хоч, звичайно, це не єдина їх гарантія) (п. 220-221 Доповіді).

Тобто власне кажучи ідея полягає в тому, що за відсутності судового контролю за змінами конституції, формули незмінюваності, дійсно, переважно носять декларативний характер і їх дотримання повністю віддано на відкуп суб'єктам, що реалізують інституційну установчу владу (переважно – політикам). В цьому разі ми можемо говорити фактично про створення альтернативних юридичних механізмів реалізації інституційної установчої влади, які би процедурно створювали максимальні умови для убезпечення конституційних змін від спокус скористатися змінами на шкоду самій конституції і її ідентичності – незмінюваним положенням. Такі процедури є цілком юридичними механізмами, забезпечуються шляхом багаторівневих процедур (різні механізми для різних статей і розділів), необхідності подвійного вотуму, проведення перевиборів, проведення референдуму тощо²³. Наразі нам цікавий судовий контроль за внесенням змін до конституції і його специфіка.

Генетично конституційний контроль з'явився у зв'язку з необхідністю

²³ Кваліфікована більшість голосів у парламенті тут буде явно недостатньою гарантією, що яскраво демонструє історія і практика зарубіжних країн (передусім, Веймарської республіки).

перевіряти на відповідність конституції звичайні закони, ухвалені парламентом. Поступово почала формуватися практика органів конституційної юрисдикції щодо попереднього або наступного контролю за законопроектами/законами про внесення змін до конституції. Такий контроль з'явився спочатку «знизу», тобто шляхом самопроголошення відповідних повноважень конституційними (верховними тощо) судами, і вже згодом намітилася тенденція конституціоналізації попереднього або наступного контролю за внесенням змін до конституції.

Судовий перегляд (розгляд, контроль) змін до конституції сьогодні в світі не є рідкістю. Його можуть здійснювати залежно від специфіки моделі судової системи звичайні суди (як правило, верховні) або конституційні суди (з урахуванням відмінностей у назвах органів конституційної юрисдикції в різних країнах – конституційні трибунали тощо). Така перевірка (перегляд) може включати два аспекти. Перший – змістовний (матеріальний), тобто наскільки зміни відповідають матеріальним (substantive) обмеженням, встановленим в конституції (або таким, що імпліцитно з неї випливають). Другий аспект – процедурний (формальний), тобто наскільки були дотримані вимоги до процедури внесення змін, яка встановлена в конституції.

Водночас такий контроль має свої позитивні і негативні сторони. Варто зазначити, що в деяких країнах (Франція та інші) панує доктрина заперечення юрисдикції органу конституційного контролю щодо відповідних актів про внесення змін до конституції (навіть незважаючи на наявність формально закріплених експліцитних незмінюваних положень).

За умови визнання такого контролю за внесенням змін до конституції виникає питання легітимності. Адже, як зауважує Я.Рознаї, судовий розгляд конституційних змін здається менш легітимним, ніж звичайного законодавства [456, р. 197]. Як зазначають Л. Гарлицький і З. Гарлицька, необхідно вирішити питання про легітимність прийняття судом рішень щодо конститу-

ційних змін про визнання їх неконституційними (недійсними) [185]. Ми би також особливо підкреслили тут участь конституційних судів у формі попереднього контролю за внесенням змін до конституції, коли конституційні суди розглядають зміни ще до їх ухвалення і таким чином можуть вплинути на текст закону. Адже як зазначено у п. 51-57 Доповіді CDL-AD(2010)001-е [348], такого роду попередній судовий контроль є досить жорстким обмеженням парламенту – представляючи ризик того, що деякі пропозиції будуть виключені, навіть не маючи шансів на демократичне обговорення (п. 195 Доповіді CDL-AD(2010)001-е [348]).

Судовий контроль може бути як закріплений прямо (експліцитно), так і реалізовуватися внаслідок відповідного тлумачення своїх повноважень судами (тобто бути імпліцитним). Якщо поєднати це з підходом щодо можливої імпліцитності самих матеріальних меж внесення змін/незмінюваних положень конституції, то побачимо досить широку свободу розсуду деяких конституційних і верховних судів, які пішли відповідним шляхом визнання за собою права щодо здійснення такого контролю.

Отже, розглянемо дві ситуації: заперечення судового перегляду конституційних змін, а також протилежний випадок – коли такий перегляд можливий.

Позицію заперечення будь-якого судового розгляду змін до конституції обстоюють судові органи ряду країн (Франція, Бельгія, Мексика, Грузія тощо). Заперечення судового втручання в конституцію (навіть у випадку порушення процедури внесення змін) впливає з однієї із версій концепції установчої влади. Йдеться про сильну концепцію установчої влади, що не проводить особливої різниці між первинною і інституційною установчою владою. Саме виходячи з такої, сильної концепції установчої влади в Україні здійснення процедурного контролю за внесенням змін у 2010 році КСУ згодом було розцінене українським парламентом як порушення присяги суддями,

частина суддів була звільнена парламентом (постанова від 24 лютого 2014 року № 775-VII), а парламент відновив попередню редакцію тексту конституції, що діяла до рішення КСУ (ЗУ від 22 лютого 2014 р. № 750-VII).

Якщо говорити про наявність права такого контролю, то воно (таке право) не часто фіксується прямо. В доповіді Венеційської комісії CDL-INF (2001) 9 схваленій на 46 пленарній сесії, 9-10 березня 2001 року (абз. 3, п. а, підрозділу 5 розділу I) зазначено, що сама конституція і зміни до неї, в принципі виключені з будь-якого конституційного контролю. Тим не менше деякі країни передбачають офіційний контроль конституційності змін (Угорщина, Туреччина) [91]. Власне кажучи, розгляд контролю за винесенням змін до конституції ми пропонуємо почати із виокремлення особливостей попереднього (як вказує КСУ – передувального, а *a priori*) і наступного (в термінології КСУ – подальшого, а *a posteriori*) контролю. В обох випадках можливі дві моделі: контроль визнається або заперечується. При цьому, як ми вже зазначали, у випадку наявності відповідного контролю він може ґрунтуватися на прямому експліцитному повноваженні або ж здійснюватися імпліцитно в рамках здійснення інших повноважень (характерно для попереднього контролю) чи самопроголошуватися органами конституційного контролю за рахунок розширення повноваження щодо перевірки конституційності законів. Звернемося спочатку до попереднього контролю.

Судова перевірка (*judicial review*), вона ж – конституційний контроль, може бути як попередньою (до набуття актом чинності), так і наступною (після такого набуття). Попередня перевірка (контроль) є значно менш поширеним явищем. Ще менш поширеною є судова перевірка законопроектів про внесення змін до конституції, а також прийнятих законів, до їх промуніципалізації. Така перевірка може здійснюватися в тих випадках, якщо вона прямо (експліцитно) передбачена конституцією або законодавством, іноді – вона здійснюється імпліцитно (опосередковано), через реалізацією інших повноважень

органів судової влади. Вже сформувалось досить значна практика попереднього контролю в тих країнах, де такий попередній контроль передбачений. Україна, до речі, також належить до цього переліку. Тому нашою метою є загальний огляд і загальний аналіз накопиченої практики зарубіжних країн, спроба з'ясувати позитивні і негативні сторони попереднього контролю за законами про внесення змін до конституції. Проаналізуємо унормування і практику реалізації відповідного контролю в різних країнах.

Почнемо із експліцитного контролю, коли він чітко передбачений. Практику здійснення такого контролю ми аналізували в своїй окремій публікації [54], тому зазначимо лише перелік країн і наведемо найбільш показові, як на нас, приклади. Попередній контроль закріплений Конституцією Республіки Косово (ч. 9 ст. 113) [600, с. 175-176], Конституцією Румунії (ст. 146) [114], Молдови (п. с ч. 1 ст. 135 Конституції) [577], Вірменії (ст. 168 Конституції), Азербайджану (ст. 153 Конституції).

Здійснення попереднього контролю може негативно завершитися для самого КС – призвести аж до його розпуску. Про це свідчить досвід Киргизстану. В Декреті Тимчасового уряду Киргизької республіки (від 12 квітня 2010 р. № 2) «Про розформування Конституційного Суду Киргизької Республіки» [530]. Киргизстан став єдиним на пострадянському просторі прикладом знищення вищого органу конституційної юстиції з мотивів «політичної доцільності» [450, с. 77-78]. При цьому не був скасований сам інститут конституційного контролю – в Конституції від 27 червня 2010 р [574]. замість нього бала утворена конституційна палата Верховного Суду [440]. А вже у 2011 році поправка до Конституції Киргизстану надала Конституційній палаті повноваження надавати висновок під час попереднього розгляду поправок до Конституції [356, р. 198]. Відповідно до чинної Конституції Киргизстану від 5 травня 2021 року № 59 2021 року КС створений знов і він також (п. 5 ч. 1

ст. 97) надає висновок до проєкту закону про зміни і доповнення в цю Конституцію [552].

Попередній контроль передбачений у ч. 3 ст. 91 Конституції Казахстану (відповідно до змін 2007 року) [576]. Перевірка здійснюється щодо формули незмінюваності в ч. 2 ст. 91 тієї ж конституції: «Встановлена конституцією незалежність держави, унітарність та територіальна цілісність Республіки, форма її правління, основні принципи діяльності Республіки є незмінними».

Цікаво, що законом від 21.05.2017 р. № 254 формула незмінюваності у ч. 2 ст. 91 Конституції була розширена за рахунок незмінності статусу президента (Елбаси). Конституційна рада прокоментувала це так: «Тим самим конституційно підтверджується історична місія Нурсултана Абишевича Назарбаєва як Засновника нової незалежної держави Казахстан, який забезпечив її єдність, захист Конституції, права і свободи людини і громадянина; вніс завдяки своєму конституційному статусу та особистим якостям вирішальний внесок у становлення та розвиток суверенного Казахстану, в тому числі конституційних цінностей Основного Закону та основоположних принципів діяльності Республіки» [650]. Згодом, шляхом змін від 08.06.2022 р., ці положення були виключені з конституції Казахстану [573]. Конституційна рада у своєму висновку цю зміну взагалі ніяк не прокоментувала [549], що дуже дивно. Отже, зміни торкнулися самої «формули незмінюваності», на відповідність якій проєкт і мав бути перевірений. Такі випадки є унікальними в зарубіжній практиці. Це свідчить про те, що попередній контроль переважно був покликаний легітимувати те, що вигідно політикам.

Завдяки конституційній реформі, починаючи з 1 січня 2023 року Конституційна рада припинила своє існування і почав свою роботу новий орган – КС Казахстану. Тепер попередній контроль за змінами здійснює саме КС. Більше того, цими ж змінами формула незмінюваності також була знову тран-

сформована. Нова формула незмінюваності у ч. 2 ст. 91 Конституції тепер передбачає нову згадку про те, що «Президент Республіки обирається строком на сім років і одну й ту саму особу не може бути обрано Президентом Республіки більше одного разу» [576].

Важлива риса попереднього контролю – його «політичність». Справедливим є зауваження І.Д. Сліденка в частині того, що в цілому попередній контроль за своєю суттю є політичним, оскільки інстальований у процедуру прийняття закону з формальної сторони [733, р. 141]. Загалом політизація конституційних судів є серйозною проблемою [52, р. 134; 439, р. 329-330]. Це підтверджує і практика реалізації відповідного повноваження в Україні, яка, є однією із небагатьох країн, де такий контроль прямо передбачений.

Варто також виокремити такий різновид попереднього контролю, як контроль ухваленого, проте такого, що не набрав чинності закону про внесення змін до конституції. Так, в Угорщині внаслідок змін 2016 року Президент Республіки перед підписанням надісланого йому Основного закону або поправки до Основного закону, якщо він виявить, що будь-яка процедурна вимога, викладена в Основному законі щодо прийняття Основного закону або внесення змін до Основного закону, не була дотримана, він або вона звертається до КС з проханням розглянути це питання (ч. 3 статті S) [235].

Ще одне зауваження. Експліцитний попередній контроль за внесенням змін до конституції з боку конституційних судів – тренд пострадянський (Україна, Молдова, Таджикистан, Киргизстан, Азербайджан, Вірменія) і постсоціалістичний (Косово, Румунія). Деякі із названих країн стали на шлях демократизації (навіть за наявності проблем і ускладнень), деякі із цим мають суттєві проблеми. Тому фарбувати одним кольором сам попередній контроль, напевне, не варто. Його успіх, позитивні і негативні сторони цілком індивідуальні і залежать від його моделі в конкретній країні і її контексту. Яскравим негативним прикладом є РФ, в якій висновок КС 2020 ро-

ку був спрямований на легітимацію диктаторських змін до конституції 1993 року і введення т.з. «обнуління» президентських термінів чинного президента з правом обиратися повторно.

Варто підкреслити, що не будучи прямо передбаченим, перспективи здійснення попереднього контролю зводяться до двох варіантів. Перший варіант – попередній контроль прямо заперечується і можливостей його здійснення немає. Прикладом цього є Хорватія. Так, в Рішенні КС від 28 березня 2001 № U-II-603/2001 [395] представники палати парламенту (Zupanijski dom) поставили питання про перегляд рішення, яке ініціювало внесення змін до Конституції. Суд вирішив, що він має право перевірити процедуру внесення змін до Конституції, проте після її закінчення. Другий варіант – суд може здійснити попередній контроль так би мовити «приховано», опосередковано, реалізуючи інші свої повноваження, імпліцитно. Попередній контроль може здійснюватися імпліцитно, якщо спеціального повноваження щодо відповідного контролю за змінами конституції просто не має. Він «інтегрується» в інші повноваження конституційних (верховних) судів.

Як приклад можна навести Болгарію, де КС у формі офіційного тлумачення роз'яснює коректність застосування тієї чи іншої процедури внесення змін. Справа в тому, що Конституція Болгарії містить дві різні процедури внесення змін щодо різних положень, як, до речі, і Конституція України. Наріжним каменем є тлумачення «зміни форми державного устрою і державного правління» у ст. 153 і п. 3 ст. 158 Конституції Болгарії, які можуть вносити лише Великі Народні Збори. І для того, щоб їх компетенція не була порушена і здійснюється відповідне тлумачення з боку КС.

До змін 2017 року, про які ми вище вже писали, Конституційна Рада Казахстану здійснювала попередній контроль на підставі свого повноваження щодо здійснення свого повноваження щодо попереднього контролю «законів» (п. 2 ч. 1 ст. 72 Конституції), витлумачивши термін «закон» широко

[651; 652]. Після цього контроль став експліцитним (а з 2023 року його здійснює новостворений КС).

Р.Альберт зазначає, що Верховний суд Канади має довгу історію консультування законодавців за допомогою своєї контрольної юрисдикції щодо того, як і чи потрібно вносити зміни до конституції [10, р. 223].

Непрямий попередній контроль може стосуватися як змін, так і прийняття нової конституції. Ми вже розглядали питання судової сертифікації конституції у ПАР як приклад реалізації постсуверенної концепції. Можна також згадати Верховний Суд Венесуели, який на початку правління Чавеса здійснював перевірку щодо процедури здійснення установчої влади шляхом скликання конституційної асамблеї, принципово дозволивши таку можливість, проте його рішення були реалізовані лише частково - у тих випадках, коли вони були вигідні Чавесу, а згодом ВС був розпущений (про це детальніше ми вже писали у другому розділі).

Попередній контроль може бути здійснений при судовій оцінці конституційного референдуму. Так, Відповідно до Регламенту з проведення конституційних референдумів на національному рівні (CDL-INF (2001) 6-7 липня 2001 року) (п. «Р».) дотримання і виконання вищенаведених правил має бути об'єктом судового контролю.

В Україні (хоч і в нашій країні є прямо передбачений експліцитний попередній контроль) КСУ в рішенні від 27 березня 2000 року N 3-рп/2000 КСУ фактично здійснив опосередкований попередній контроль змін до конституції і визнавши два з шести питань, що виносилися на референдум, неконституційними [654]. При цьому такий контроль, по суті, був ширшим за формальні вимоги щодо змісту, які встановлені у ст. 157 Конституції. У 2016 році КСУ був наділений повноваженням давати оцінку конституційності питань, що пропонуються для винесення громадянами на референдум за народною ініціативою і потенційно це повноваження також може стосуватися оцінки

тих чи інших питань саме конституційного характеру (по аналогії з ситуацією в 2000 році). Проте до нині відповідне спеціальне повноваження ще не було реалізоване ще жодного разу.

Імпліцитний попередній контроль за внесенням змін до конституції може бути також певним чином пов'язаний із здійсненням конституційного контролю за законами про конституційну реформу. Такий кейс оскарження закону № 27600 від 16 грудня 2001 р. у Перу, який передбачав проведення конституційної реформи, описує Ж. Колон-Ріос. Серед аргументів, наведених на підтримку конституційності закону, було зазначено, що в тій мірі, в якій він вимагає від Конгресу поваги до історичної конституції, закон не дозволить цьому органу створити абсолютно новий конституційний лад (тобто втрутитися у юрисдикцію установчої влади) – Рішення № 014-2002- AI/ TC, п. 37, 129 [97, р. 186].

Наскільки наявність попереднього контролю за змінами до конституції є необхідною? Передусім, такий контроль має всі ті недоліки, як і будь-який попередній контроль, – він ризикує бути політичним і завжди означає втручання в політичний процес. В умовах низького рівня якості роботи органу конституційного контролю і залежності від політичної більшості є ризик виконання не функції контролю, а формального освячення потрібних владі змін (як це демонструє практика Киргизстану, Казахстану, Таджикистану). Ще одним недоліком, вже суто юридичним є те, що попередній контроль «зв'язує руки» суду у майбутньому, – одного разу визнавши зміни конституційними за змістом, він втрачає можливість висловлювати згодом матеріальні претензії до таких змін. Принаймні, якщо така ситуація виникне, висловити такі претензії буде значно складніше, оскільки вони будуть викликати запитання щодо дотримання судом своєї власної позиції і руйнуватимуть правову визначеність. Попередній контроль не можна аналізувати ізольовано, без аналі-

зу також і наступного контролю за поправками до конституції. Лише тоді можна буде побачити загальну картину і зробити певні узагальнюючі висновки.

Отже, звернемося до наступного конституційного контролю за законом про внесення змін до конституції. У правовій доктрині і в практиці органів конституційного контролю різних країн сформувалось два різних підходи. Як зазначає К. Гьозлер, на прикладі європейської моделі судовий розгляд конституційних поправок неможливий, якщо немає чіткого конституційного положення, яке б надало повноваження Конституційному суду переглядати конституційні зміни, оскільки в цій моделі компетенція КС впливає тільки з Конституції. Але в європейській моделі деякі конституційні суди, такі як КС Австрії, Німеччини та Туреччини, оголосили себе компетентними для перевірки конституційності поправок до Конституції [197, р. 100].

Розглянемо перший підхід (не обмежуючись лише європейською моделлю), коли орган конституційного контролю не наділений повноваженнями перевірки законів про внесення змін до конституції і відмовляється його за собою визнавати. Зазначимо, що це питання висвітлено детально в окремій публікації [470] і ми, відповідно, зосередимося на ключових аспектах.

Ідея про те, що КС не повинен мати право оцінювати положення Основного Закону, є загальним правилом в багатьох державах-членах Ради Європи (п. 103 висновку Венеційської комісії CDL-AD(2013)012 щодо четвертої поправки до Основного Закону Угорщини). Одним із перших рішень, де була зафіксована відмова від такого контролю, є рішення Верховного Суду Ірландії ((State (Ryan) v. Lemmon, [1935] 170 I.R.). Питання полягало в тому, чи порушує конституційна поправка право позивача на особисту свободу та його право на застосування правила *habeas corpus*, яке передбачено Конституцією Ірландії 1922 року [223, р. 62-64; 244].

Як ми вже вказували, у Франції існує положення про неможливість перегляду республіканської форми правління. Разом із тим серед вчених немає

єдності щодо інтерпретації цього положення, а також його практичного значення. Досвід Франції є яскравим прикладом заперечення судового контролю конституційних змін.

У 1962 р. на референдумі, проведеному відповідно до ст. 11 Конституції, був змінений порядок обрання Президента республіки. Президент республіки знайшов засіб обійти опозицію в Сенаті. Застосування цієї процедури було розкритиковано тими, хто вважав, що застосування ст. 89 Конституції є єдиним шляхом для подібних випадків [248]. Разом з тим ці зміни були сприйняті політичною спільнотою і не були відхилені Конституційною Радою, яка заявила, що не володіє компетенцією для розгляду даного питання. По суті, Рада сама визначила, що питання, що вирішені безпосередньо народом, не підлягають жодному контролю [140]. Йдеться про рішення Конституційної Ради від 6 листопада 1962 року [135]. Конституційна Рада витлумачила поняття «закон» так, що її компетенція стосується виключно «законів, проголосованих парламентом, а не тих, які прийняті народом на референдумі і які є прямим виразом національного суверенітету» (п. 2 мотивувальної частини рішення). Як зазначає Венеційська комісія у п. 22 Доповіді Доповіді CDL-AD(2010)001-е, чи є це прикладом для наслідування, звичайно, досить спірно.

В літературі пропонують тлумачити позицію Конституційної Ради виходячи з історичних умов. На думку Д. Баранже, у теперішньому стані П'ятої Республіки рішення 1962 року має інше значення, ніж під час героїчної епохи, в якій воно було ухвалене [43, р. 427]. Водночас ми маємо розуміти, що повага до народного суверенітету, висловлена Конституційною Радою, це не просто тимчасова і випадкова річ, що співпала із правлінням де Голля. Це доктринальна позиція, яка живе і нині. Так, на думку І.Й. Нутрага, обмеження *ex post facto* залишається неприйнятним з точки зору народного суверенітету, що означає, що судовий розгляд прийнятих народом конституційних

поправок є концептуально нелегітимним [390, р. 19].

В контексті Франції, і можливостей судового контролю за установчою владою, варто відзначити також рішення Конституційної Ради у справі про ратифікацію Договору про Європейський Союз № 92-312 DC від 2 вересня 1992 р. [130], в якому Конституційна Рада Франції сформулювала досить сильну позицію вже із прямим посиланням на установчу владу і її суверенність (п. 19 і 34).

Д.Баранже стверджує, що на сьогодні у Франції юридичні обмеження, викладені письмовою конституцією, були скасовані для всіх практичних цілей [43, р. 428]. Водночас дискусії із цього приводу також мають місце [46, р. 16]. Справа в тому, що залишилося незрозумілим: чи Конституційна рада повністю відмовляється від здійснення будь-якого контролю з поваги до суверенітету установчої влади? Чи все ж дотримання вимог самої конституції до форми і змісту внесення змін можливо перевірити? Складається враження, що тут акцент робиться саме на ідеї суверенності, тобто очевидною є відповідь на перше і друге питання: «ні». Принаймні саме таке тлумачення найчастіше зустрічається в літературі, та й воно якраз цілком лягає в загальну логіку усіх рішень Конституційної Ради, починаючи з 1962 року.

Виникає логічне питання: як може статися так, що за наявності експліцитного незмінюваного положення конституції (про неможливість скасування республіканської форми правління), виключається судовий контроль, а установча влада при внесенні змін до конституції вважається необмеженою? Вчені, що займаються відповідною проблематикою, демонструють парадоксальне вирішення цієї дилеми: незмінюване положення французької конституції насправді таким не є [299, р. 199; 333, р. 434]. Таким чином, ми бачимо досить радикальний висновок, відповідно до якого ставиться під сумнів взагалі регулятивне значення незмінюваних норм у французькій конституції, стверджується про можливість їх перегляду, скасування і необмеженість ін-

ституційної установчої влади як такої, ніби ми маємо справу із первинною установчою владою.

Заперечення конституційного контролю знайшло своє опосередковане підтвердження і в рішенні Конституційної Ради Франції 26.03.2003 року [131], яке стосувалося перевірки конституційності закону про внесення змін до конституції Франції щодо децентралізації влади. Конституційна Рада зазначила, що вона не може виносити рішення в інших випадках аніж ті, що встановлені самою конституцією. При цьому закон про внесення змін до конституції має особливу природу і не є звичайним законом, що підлягає конституційному контролю. Тобто Конституційна рада відмовилася від перевірки конституційності закону про внесення змін до конституції з огляду на особливу природу такого закону, оскільки, на її думку, він не підпадає під поняття закону, конституційність якого вона може перевіряти. Жодних прямих посилань на установчу владу ми не бачимо, виключно формальний підхід. Проте висновок той же, що і раніше: закон про внесення змін до конституції є особливим актом і його конституційність перевірити неможливо.

Отже, маємо досить показовий приклад, коли за наявності матеріальних меж, орган конституційного контролю відмовляється від свого права здійснювати відповідну перевірку з формальних причин (зміни до конституції – це не закон), а також змістовних (необмеженість установчої влади і неможливість контролю за результатами народного волевиявлення). Ця позиція може здаватися дивною, особливо з огляду на активістську позицію багатьох конституційних і верховних судів інших країн, які навіть за прямої відсутності в тексті конституції чи законі самі проголошують за собою відповідні повноваження. Проте ця позиція є максимально послідовною в аспекті тлумачення тексту конституції і змін до неї як прояву установчої влади, що є необмеженою, а також відсутності розрізнення між первинною і вторинною установчою владою. Крім того, згадуючи про зв'язок з концепцією «войовничої

демократії», яка якраз і передбачає наявність матеріальних меж демократичної дискусії, ми бачимо теж досить послідовну концепцію процедурної демократії у Франції і відмову від концепції «войовничої демократії». Тим самим, дійсно, положення статті 5 про непорушність республіканської форми правління, стають формально з точки зору гіпотетичних аспектів його захисту символічними (в якійсь мірі навіть номінальними в термінології К.Льовенштайна), проте в реальності на нього ніхто і не посягає.

Позицію, аналогічну французькій, зайняв Арбітражний Суд Бельгії у рішенні від 09-02-1994 № 16/94 [49]. В руслі французького і бельгійського підходу можна навести приклад Мексики, де сформувалася досить стала практика (рішення Верховного Суду Мексики від 06-10-2002 [304] і від 26 червня 2008 року) [5]. Відмовився від здійснення контролю за змінами до Конституції і КС Грузії²⁴. У Шрі-Ланці, Малайзії, Сінгапурі також винесено ряд рішень при відмову у конституційному контролі за внесенням змін до конституції. Конституційна юриспруденція цих трьох країн регулярно посиляється на доктрину базової структури, вироблену ВС Індії, але це посилення використовується для протилежного підходу, тобто для відмови у розгляді [223, р. 61-62]. Ситуативно і недовгий час противниками конституційного контролю за змінами до конституції були конституційні суди України (ухвала від 5 квітня 2008 року № 6/2008), Молдови (ухвала від 18 травня 2001 року № 5), Верховний Суд Індії (у справах Санкарі Прасад Сінгх проти Союзу Індії (1952 р.) і Саджан Сінгх проти штату Раджастан (1965 р.²⁵), Ізраїлю (рішення Бар-Он проти Кнессета від 11 січня 2011 р.). Згодом позиції судів названих країн були змінені.

²⁴ Ухвали Конституційного суду Грузії від 12 липня 2010 р. № 2/2/486, від 24 жовтня 2012 р. № 1/3/523, від 5 лютого 2013 р. № 1 /1/549.

²⁵ ВС Індії тоді висловився за те, що він не є уповноважений перевіряти закони про внесення змін до конституції, оскільки існує чітке розмежування між законодавчою і установчою владою.

Протилежний підхід полягає у наявності права органу конституційного контролю перевіряти конституційність закону про внесення змін до Конституції. Така наявність може бути як експліцитною (прямо закріпленою), так і імпліцитною (виводитися із конституційних норм самим судом).

Не можна погодитися із К.Гьозлером в тому, що судовий розгляд суті поправок до Конституції можливий, якщо в конституції є матеріальні обмеження щодо повноважень щодо внесення змін; але якщо таких обмежень немає, такий перегляд неможливий, оскільки такий перегляд полягає у перевірці, чи сумісні положення конституційної поправки з цими межами [197, р. 101]. Насправді таких прикладів чимало, незмінювані положення виводяться в такому разі самими судами із конституції, і ми далі такі приклади продемонструємо. Матеріальні і процедурні межі (незмінювані конституційні положення), а також право органу конституційного контролю перевіряти внесення змін до конституції, можуть проголошуватися самими конституційними судами, не будучи прямо закріпленими в конституції. Формулювання «самопроголошених повноважень» щодо наступного контролю є досить поширеним (Колумбія, Молдова, Литва, Індія, Україна тощо). Не можна в цьому ключі також забувати і про практику з цього питання у ФРН.

Варто погодитись із Я.Рознаї в тому, що навіть якщо повноваження щодо внесення поправок не мають явного обмеження, це не означає залишення всього на розсуд органу, уповноваженого на внесення змін до конституції, оскільки він повинен досягти певної мети – тобто змінити конституцію, а не зруйнувати її або замінити новою [356, р. 156]. На думку Д.Жалімаса, судовий перегляд конституційності поправок до Конституції впливає з самої суті будь-якого КС як охоронця конституції, навіть якщо ці повноваження не встановлені явно [442, р. 13]. При цьому судовий конституційний контроль, у тих випадках, коли він текстуально не підтриманий, викликає звину-

вачення у демократичній нелегітимності [9]. І це звинувачення, вочевидь, буде супроводжувати його завжди.

Існує багато прикладів здійснення відповідного контролю (або принаймні визнання судовими органами такого права): ФРН [261, р. 59; 803, с. 142-143], Бразилія [149; 308; 381], Аргентина [174; 362], Перу [245, р. 37], США [197, р. 101; 244]. Детально проаналізуємо лише три кейси – Колумбії, Індії і Ізраїлю, оскільки в цих країнах КС (Колумбія) або верховні суди (Індія і Ізраїль) самі поголосили і обґрунтували своє право на здійснення перевірки.

У серії постанов КС Колумбії розвинув доктрину конституційного заміщення. Так, в рішенні С-970/2004 він сформулював так званий тест заміщення: поправка до конституції означає заміщення конституції, якщо поправка спрямована на зміну положень, що відносяться до тих, що визначають «ідентичність» конституції. Щоправда, в рішенні С-1040/2005 КС Колумбії замінив «елемент ідентичності» концепцією істотного елементу і вдосконалив «тест заміщення», що містить сім складових [55].

Важливим є один показовий приклад застосування такої доктрини (хоча їх насправді набагато більше і не всі вони, як вважається, вдалі). Кейс пов'язаний із Президентом Урібе, прихильники якого провели через Конгрес положення, яке дозволяло главам держав залишатися на посаді три терміни поспіль. Це положення було заблоковано Судом як неконституційна поправка до конституції (Рішення 3-141/2009) [149].

Критика цієї доктрини в Колумбії, безумовно, також звучить. На думку ряду колумбійських вчених, Конституція Колумбії 1991 року не містить незмінюваних положень, а також Конституція не надає Конституційному Суду повноваження здійснювати судовий розгляд змісту конституційних поправок — Конституція надає Суду повноваження переглядати поправки до Конституції виключно на процедурних підставах, оскільки така влада надається народу, коли конституція змінюється Конгресом [184, р. 60-61].

Індія ж стала батьківщиною доктрини базової структури конституції – доктрини, сформульованої Верховним Судом за відсутності експліцитних незмінюваних положень, а також прямої заборони ВС перевіряти зміни до конституції. В рішенні по справі «Kesavananda Bharti vs State Of Kerala And Anr» від 24 квітня 1973 р ВС визнав неконституційним позбавлення змін до конституції судового контролю (саме це передбачалося в одній із поправок, яка розглядалася) [255]. В рішенні «Smt. Indira Gandhi v. Raj Narain» 1976 р. суд визнав неконституційною 39 поправку, у тому числі, що виводила конституційні зміни з-під судового контролю. В 1980 році в рішенні по справі «Minerva Mills Ltd. v. Union of India» суд визнав недійсною спробу парламенту внести дві поправки в правила про внесення поправок до Конституції, за якими «жодна поправка до цієї Конституції ... не повинна оскаржуватися перед будь-яким судом з будь-якої причини», а також що «з метою уникнути сумнівів цим оголошується, що не повинно бути ніяких обмежень на установчі повноваження парламенту вносити поправки шляхом додавання, зміни або відкликання положень цієї Конституції на підставі цієї статті»²⁶.

Як вказує Ю.Г.Барабаш, ця доктрина витримала перевірку часом [453, с. 61]. Сьогодні можна зустріти як досить компліментарні дослідження доктрини базової структури конституції [265], так і помірковано критичні [56]. Відповідну практику реалізації цієї доктрини (а також колумбійської доктрини заміщення конституції) критикують за надмірне захоплення нею Верховним Судом навіть у тих випадках, де це, можливо, і не було потрібно (Р. Діксон і Д. Ландау). В деяких випадках в обох країнах, очевидно, відбувалася переоцінка загрози, принесеної конкретною поправкою демократичного порядку; або суди прагнули захистити окремі лінії власної практики безвідносно того, наскільки вони були істотні для демократичного конституціоналізму [149].

²⁶ Детальніше про практику ВС Індії щодо доктрини базової структури – див [9; 149; 244].

Дійсно, з одного боку, існує зворотна сторона суддівського активізму і відповідної доктрини. З іншого боку, не можна не помітити ту впертість, яку демонстрував парламент Індії, намагаючись декілька разів позбавити ВС права перевіряти внесені зміни до конституції. ВС встояв і залишився на своєму, що однозначно варто вітати як показник розвитку конституційної демократії.

Доктрина базової структури конституції, будучи, по суті, наймолодшою доктриною імпліцитних незмінюваних положень і судового контролю за їх дотриманням, була використана у інших країнах (наприклад, Бангладеш, Малайзії [317], Белізі [357, р. 74-76] та інших). Водночас, як вже було вказано, у Шрі-Ланці, Малайзії і Сінгапурі посилення судів на доктрину базової структури Індії слугувало для обґрунтування відмови від її застосування [223, р. 61].

Практика Верховного Суду Ізраїлю продемонструвала еволюцію його позиції. Спочатку в рішенні Бар-Он проти Кнессета від 11 січня 2011 р. він відмовився здійснювати перевірку змін до конституції. Після розлогого опису у порівняльно-правовому аспекті доктрини неконституційних змін до конституції в зарубіжних країнах суд, все ж, відмовився здійснювати відповідний перегляд, мотивуючи це аргументом щодо незавершеності в Ізраїлі процесу створення конституції, який має йти «крок за кроком» [234].

При цьому ізраїльські фахівці вказували на те, що Верховний Суд уповноважений скасувати Основний закон: його влада впливає з унікальної конституційної правової системи в Ізраїлі, відповідно до якої проста більшість у Кнесеті може прийняти будь-який закон або будь-який Основний закон [314, р. 423]. Ця позиція яскраво проявилася 1 січня 2024 року, коли Верховний суд Ізраїлю визнав недійсним ключове положення судової реформи, яку просував уряд Біньяміна Нетаньяху, яка мала на меті позбавити судову систему права виносити рішення щодо «розумності» рішень ізраїльської ви-

конавчої влади або парламенту [176]. Рішення написано на 738 сторінках [699].

13 із 15 суддів, які розглядали справу, написали у своїх думках, що суд дійсно мав повноваження переглядати Основні закони. І з п'яти суддів, які відстоювали це право, але відмовилися скасувати закон про розумність, троє висловили глибоку стурбованість законодавством і написали, що його слід тлумачити у вузькому сенсі [386]. Більшість суддів вирішили скасувати поправку, вважаючи цю дію необхідною відповідно до попередніх рішень, у яких Суд постановив, що повноваження Кнесету не є необмеженими [208]. На думку судді Естер Хают, «влада Кнесету як установчого органу влади не є необмеженою, і він не має права ухвалювати Основний закон, який заперечує або прямо суперечить характеристикам ідентичності Ізраїлю як єврейської та демократичної держави» [237].

Досвід наступного контролю за законом про внесення змін до Конституції є вкрай важливим для того, щоб зробити висновки щодо юридичної позиції КСУ в рішенні від 30 вересня 2010 року, щодо інтерпретації якої до сих пір точаться активні і гострі дискусії. Важливою є, передусім, позиція відносно того, що апріорі наявність або відсутність права наступного конституційного контролю за внесенням змін до конституції відрізняється залежно від конституційного регулювання і позиції самого органу конституційного контролю з цього приводу у відповідній країні. Таким чином, скоріше варто аналізувати не саме право щодо такого контролю, заперечуючи (чи схвалюючи) його апріорі, а практику його реалізації, добросовісність акторів, залучених до цього процесу, аргументованість позиції, а також можливі юридичні проблеми, що пов'язані із деталями висловленою позиції, а також її наслідками.

3.4. Судове тлумачення як неформальні зміни до конституції

У контексті постсуверенних теорій ми отримуємо досить значну роль динамічної легітимності конституції, що може додатково проявлятися навіть поза самим конституційним текстом, у вигляді неформальних змін конституції, передусім, шляхом судового тлумачення. Ми детально аналізували цю проблематику у відповідних публікаціях (зокрема, [51]). Тому позначимо лише найважливіші позиції.

Як вказує А. Шайо, ми не можемо мати ілюзій: конституцію здійснюють люди, а не комп'ютери, запрограмовані згідно з загадковою волею засновників конституції [366]. Геремневтичні причини тлумачення конституції пояснює Р. Познер [664, с. 290]. За Д.Брайсом будь-яке питання щодо змісту і застосування основних законів, що виникає при судочинстві, вочевидь, повинно вирішуватися судом [65]. Суддя Верховного Суду США Ч. Е. Хьюз (1862–1948) говорив: «Ми здійснюємо свою діяльність на основі Конституції. Але Конституція – це те, що виголосять про неї судді» [93; 273].

Л. Фуллер зазначає, що жоден автор проекту конституції не здатний передбачити всіх перешкод та утруднень, які можуть виникнути, коли створена ним структура зазнає напруження, пов'язаного з новими та незвичними вимогами [785, с. 81, 82]. У цьому ключі висловлюється і К.Собота, застерігаючи від надмірних вимог форми [739, с. 541].

Отже, було б надто формалістично вбачати конституцію в її текстуальному вираженні поза практикою застосування, тлумачення тощо. Зважаючи на це варто проаналізувати крізь призму доктрини установчої влади фактор тлумачення, який звичайно впливає на зміст конституції, а зміна вже сформованого тлумачення – тим більше.

Не варто забувати про ще один важливий момент. Судова діяльність – це захист матеріальної конституції, фундаментальних принципів і прав людини. Тобто судова влада не дає суверенним рішенням, прийнятим демократично

(народом), посягати на права людини. Тим самим текст конституції тлумачиться у конформний до індивідуальних прав спосіб. Як вказує Б.Таманага, вважається, що тлумачення прав людини є особливою прерогативою судової влади, а з точки антимажоритарного задуму видається логічним, щоб воно не довірялося демократично підзвітному органу [400, р. 105]. Те, що судді розвивають конституції, помічав і Ф. Гаєк [228, р. 100].

Перш за все, варто поставити питання про розуміння самої конституції, яка може виходити за свій писаний текст, а також про розгляд її як «живого» організму. Ця ідея корелюється із поглядами Е.Арато [24; 25; 26] й інших вчених, що обґрунтовують постсуверенні концепції установчої влади, і це призводить до збільшення ролі концепції матеріальної конституції. Також наведена думка співпадає із розвиненим в західній літературі підходом щодо виокремлення т.з. неформальних змін до конституції.

Традиційно, говорячи про внесення змін до конституції, ми маємо на увазі трансформацію її тексту. Водночас, у Доповіді про конституційні зміни CDL-AD(2010)001 [348] в розділі VII. «Дотримання балансу між жорсткістю та гнучкістю» є цілий підрозділ із назвою «Формальні та неформальні конституційні зміни». До таких неформальних змін комісія відносить: судове тлумачення, конституційний звичай і конвенційності, конституційну культуру. Комісія проводить цікаві відмінності. Так, положення про органи та права відрізняються типовими механізмами неформальної зміни. Перші доповнюються конституційними конвенційностями, тоді як останні тлумаченням та роз'ясненнями судів та інших органів.

Зазначимо, що зміни конституції за допомогою неформальних способів (конституційних звичаїв, судової практики тощо), – це не продукт виключно сучасності. Це історично вироблений набір форм, які розвивалися еволюційно. І вчені теж помічали феномен неформальних змін.

Дж. Брайс називав три способи зміни і розвитку конституції, що дозволяє пристосовуватися до оточуючих і постійно мінливих умов, а саме: поправки, тлумачення, а також зміна під впливом звичаїв [65]. У 1934 році К. Левелін, представник соціологічної школи права, в своїй праці «Конституція як інституція» називав елементом ортодоксальної теорії конституції думку про те, що єдиними поправками до Конституції є офіційні зміни [284, р. 4]. Г.Сллінек розмежовував зміну тексту конституції, що здійснюється цілеспрямованими вольовими актами, а під перетворенням конституції розумів ті зміни, які залишають її текст в попередньому вигляді і викликаються фактами, не пов'язаними безпосередньо з намірами здійснити такі зміни, або з усвідомленням, що останнє обов'язково відбудеться [251].

Наявність таких неформальних змін не могла не стати об'єктом більш глибокої концептуалізації з боку сучасних вчених. Тобто йдеться не просто про визнання таких змін як факту, а і про намагання дати їм те чи інше пояснення, інтерпретацію в контексті більш широких закономірностей.

Поряд з ідеєю неформальних змін конституції шляхом судового тлумачення існують досить близькі до цього концепції живої і невидимої конституції [39; 389; 402, р. 3; 405; 410; 798, с. 55; 810, с. 81].

Досить оригінальним є підхід Б. Акермана, який виокремлює концепцію т.з. «конституційних моментів» у досить відомій в західній науці конституційного права трилогії «Ми, народ». Б. Акерман виокремлює три конституційні моменти – три піки історії США (заснування, реконструкцію та Новий курс). За його підходом, і республіканці, що здійснюють реконструкцію, і демократи нового курсу постають рівними федералістам-засновникам у створенні нових важливих рішень від імені «Ми, народ США» [8, р. 58].

Натомість М. Ташнет розвиває свою концепцію «жорсткої конституційної гри» – конституційний хардбол (англ.: constitutional hardball). Це спосіб, яким конституційне право користується в періоди конституційної трансфор-

мації. Незгода з Акерманом полягає в тому, що конституційні моменти повинні відбуватися у відносно стислих часових проміжках (як припускає термін «момент»), тоді як конституційні трансформації можуть відбуватися протягом значно тривалих періодів [413, р. 531, 532].

Р. Альберт пише про основоположні моменти, які ним розглядаються у акерманівському сенсі, тобто як такі, що охоплюють не тільки сам момент заснування (прийняття конституції), а й подальші події, у тому числі судові рішення [77, р. 2-5]. В акерманівському сенсі, як поворотні моменти, пов'язані як із самим текстом конституції, так і з його тлумаченням, Я. Рознаї і Г. Джейкобсоном [246; 247] та іншими вченими [349] використовується також концепція конституційної революції.

Для зручності ми будемо оперувати поняттям «неформальні зміни конституції», а цей підрозділ буде присвячений саме судовому тлумаченню як ключовому різновиду неформальних змін конституції.

Отже, в сучасній науці конституційного права більш-менш сформувався консенсус щодо змін (або в крайньому випадку – розвитку) конституції шляхом її інтерпретації [171, р. 201; 247; 349, р. 244]. Крім того, наявність відповідних неформальних способів змін тісно пов'язано із ідеєю матеріальної конституції, яка може не збігатися текстуально із писаним текстом конституції, мислиться ширше і може охоплювати й інші писані і неписані джерела (а в деяких випадках окремі положення писаного тексту під назвою «конституція» навіть можуть не належати до матеріальної конституції). Саме на цьому наголошує Ж. Колон-Ріос [97, р. 184].

Натомість К. Гессе виокремлює «конституційні відхилення» (*Verfassungswandel*), під якими вчений розуміє не зміну тексту як такого – він залишається незмінним, а конкретизацію змісту конституційних норм, яка, особливо, з огляду на широту і відкритість багатьох конституційних поло-

жень, може призвести за обставин, що змінюються, до різних результатів і, таким чином, сприяє «відхиленням» [231, s. 16].

П. Габерле вказує, що чим старішими є конституції, тим більше наука та практика доповнюють письмові тексти за допомогою неписаних правил. Ця парадигма не переоцінює або недооцінює конституційні тексти [214, p. 7]. І це дуже важлива думка, оскільки, формуючи самостійні значення, судова практика має гармонійно узгоджуватися із текстом: неформальні зміни використовуватися ненадмірно і без мети підміни формальних змін, де вони, вочевидь, вимагаються.

Що стосується практики, то таких кейсів, де ми можемо бачити роль судів у неформальних змінах конституції, існує досить багато. Одним із найбільш яскравих випадків можна вважати здійснення *judicial review* щодо законів про внесення змін до конституції, коли суди формують імпліцитні критерії незмінюваності або тлумачать вже існуючі (див. із цього приводу: [53; 54]), формування судами доктрини войовничої демократії [40] та багато іншого.

Водночас стосовно тлумачення конституції конституційними (верховними) судами постає серйозна додаткова проблема – чим обґрунтовується легітимність відповідного тлумачення, якщо його кваліфікувати як розвиток конституції або ж навіть як фактичні зміни? Як така легітимність, в разі її наявності, співвідноситься із легітимністю установчої влади?

Ми вже частково зверталися до цієї проблеми [52], проте вона потребує додаткових аргументів і осмислення. Так, на думку Б. Матьє, суддя, охоронець прав, вписується в логіку, яка конкурує з демократичною логікою [300]. Натомість намагання вибудувати логіку легітимації тлумачення присутнє у П.Розанвалона шляхом розширення концепції демократичної легітимності і її невичерпністю виключно електоральною моделлю і суверенною концепцією установчої влади [714, с. 161]. Вчений виокремлює електоральний народ, на-

род соціальний і народ-принцип. Конституційні суди при цьому здійснюють функцію представництва принципів [714, с. 170-171].

До речі, свого часу винахідник установчої влади Е.-Ж. Сійес висунув ідею конституційного журі, щоб запобігти будь-яким можливим майбутнім політичним потрясінням, що надходять знизу [192, р. 234]. Хоч згадане журі не було повноцінним судом в повному сенсі цього слова, але воно і не було демократичним органом, що обирається. Тому із самого початку виникнення установчої влади, автором якої був Сійес, певне балансування суверенної установчої влади і суду (чи іншого органу, що тлумачить конституцію), – було цілком логічною і закономірною ідеєю.

До речі, ідею зв'язку конституційного судочинства і установчої влади бачимо досить чітко в практиці Венеційської комісії [52]. Наведемо лише декілька її тез. Венеційська комісія у п. 40 висновку щодо Польщі від 11-12 березня 2016 р. CDL-AD(2016)001 зазначала: «... Саме установча влада, а не звичайний законодавець, покладає на Конституційний Трибунал компетенцію забезпечувати верховенство Конституції.» (п. 41 висновку) [321]. На думку Венеційської комісії, «Нехтування рішенням Конституційного суду рівнозначно ігноруванню Конституції та установчої влади, яка надала Конституційному Суду компетенцію щодо забезпечення цього верховенства», CDL-AD(2017)003, para. 69 [423].

Можна також згадати ще висловлювання В. Вільсона про те, що Верховний суд представляв «своєрідну безперервну сесію Конституційної Асамблеї» [28, р. 200]. Таким чином, за відповідним підходом, устами судів, що здійснюють конституційне судочинство якраз і промовляє саме установча влада, що обумовлює високий ступінь їх легітимності.

Визнання судового тлумачення здійсненням установчої влади стає все більш популярним. Так, Л. Рубінеллі вважає, що суди здійснюють похідну

установчу владу [100] (по суті, використовуючи французький поділ на оригінарну і інституційну).

Чи може бути судове тлумачення похідною установчою владою? З одного боку, можуть існувати аргументи щодо надання позитивної відповіді на це питання (враховуючи ті аргументи, які наводить Л.Рубінеллі, а також той зв'язок, який вибудовує між конституційними судами і установчою владою Венеційська комісія, розгляд нею ж в цілому неформальних змін конституції, у тому числі здійснюваних судами, як частини теорії конституційних поправок). І це буде узгоджуватися із ідеєю поєднання матеріальної і формальної конституції, а також постсуверенними теоріями (того ж П.Розанвалона). Адже відмова від розгляду неформальних змін – класичний підхід суверенної установчої влади.

Отже, якщо підійти до установчої влади з постсуверенної теорії, то створенням тексту вона не обмежується. Неформальні зміни – це актуалізована установча влада в певний момент часу, яка може проявити себе саме таким чином, що підтримує чинність самої конституції і зв'язує попередні покоління з теперішнім, стару легітимність первинної установчої влади із актуальною легітимністю безсторонності і дискурсу (за П.Розанвалоном). Таким чином, неформальні зміни стають елементом теорії постсуверенної установчої влади. Звичайно, тоді ламається вся конструкція первинної і вторинної установчої влади, створюється нова широка теорія. Цю тенденцію не можна не помічати. Вона органічно доповнює класичну теорію установчої влади. В цілому, ми вважаємо, що за певних умов нова теорія повинна враховувати існуючі реалії і не ігнорувати їх.

З іншого боку, існує другий варіант, який ми пропонуємо поки що як більш оптимальний на даному етапі, – визнання неформальних змін конституції (у тому числі здійснюваних конституційними судами) як об'єктивної межі можливостей конституцієдавця. Повноцінне розширення доктрини

установчої влади окрім власне процесу створення писаної конституції до інших аспектів матеріальної конституції і динамічної легітимності поки що вважаємо передчасним. Вважаємо, що доцільніше визнати той факт, що установчий конституцієдавець (суб'єкт установчої влади) завжди обмежений тим, що хтось в майбутньому буде здійснювати тлумачення. Це об'єктивна межа установчої влади, яка сприймається із урахуванням постсуверенних моделей конституцієтворення. Таким чином, можна піти шляхом визнання неформальних змін конституції не самою установчою владою, а її обмеженням. Крім того ми стверджуємо про об'єктивні межі регулювання формальної конституції, тобто йдеться про межі, які існують у вигляді об'єктивних процесів. Тобто це ті межі, із якими писана конституція обов'язково взаємодіє в процесі свого функціонування у вигляді матеріальної конституції. Такі неформальні зміни – це і є матеріальна конституція, своєрідна душа або дух писаного формалізованого тіла. А в деяких випадках в дійсності неформальні зміни навіть згодом стають частиною писаної конституції, тобто сприяють її еволюції в формальному аспекті, тобто враховуються суб'єктами здійснення інституційної установчої влади.

На наше переконання, неформальні зміни існують об'єктивно і відмовитися від них неможливо, як і від легітимації конституції за допомогою ідеї установчої влади в цілому. Узгодження неформальних змін і установчої влади можливе на засадах взаємодоповнення. Тобто неформальні зміни стають об'єктивним обмеженням самої ідеї установчої влади, із яким її прихильники і конституцієдавець має рахуватися. Вони пов'язані із матеріальною конституцією, якою конституцієдавець обмежений і на яку не може вплинути в силу обмеженості самого явища формальної конституції.

Чому ми наразі не підтримуємо включення неформальних змін і судового тлумачення власне в сам концепт установчої влади? Справа в тому, що при всій прихильності ідеї матеріальної конституції, пафос постсуверенних

теорій стосується акта формального конституцієтворення у вигляді писаного тексту, але за умови процесуалізації цього процесу, дотримання континуїтету тощо. Надмірне ж розмивання самої установчої влади зробить її здійснення і реалізацію надто громіздкою доктриною. Динамічна легітимність, у тому числі, за рахунок використання судової практики, може підтримувати класичну демократичну легітимність, проте вона не повинна ставати її повноцінною частиною. Водночас ми свідомі того, що в майбутньому все ж шальки терезів можуть схилитися на протилежний бік, тобто на користь протилежного підходу.

Л. Рубіnellі в якості прикладу реалізації конституційними судами похідної установчої влади наводить повноваження італійського КС щодо так званих «*conflitti di attribuzione*» (конфліктів інституційної компетенції) між вищими державними органами (між законодавчою, виконавчою та судовою або між національним урядом та регіонами, ст. 134 Конституції Італії) [100]. Подібна компетенція конституційних судів закріплена в конституціях багатьох інших країн (Сербії, Косово, Албанії, Чорногорії, Північної Македонії, Словенії, Німеччини, Іспанії тощо). Можна також згадати повноваження, якими наділений Верховний Суд Канади, практику реалізації якого ми вже наводили в контексті ілюстрації імпліцитного попереднього контролю щодо законів про внесення змін до Конституції Канади [54].

В аспекті вирішення питання про конкуруючу компетенцію (компетенційний конфлікт) роль тлумачення конституційних судів в неформальних змінах конституції очевидно є досить суттєвою. Та в цьому ж контексті слід також назвати більш широке повноваження судів – здійснення нормативного тлумачення конституції, не прив'язане напряду до вирішення такого роду конфліктів, що вочевидь також є джерелом відповідних неформальних змін. «Офіційне тлумачення» *in abstracto* водночас є досить рідкісним повноваженням судів. Таке повноваження може характеризуватися як обов'язкове

(маючи на увазі, що воно є нормативним тлумаченням, надане in abstracto, і яке є обов'язковим для всіх інших).

Здійснення обов'язкового тлумачення конституції закріплене в Азербайджані, Киргизстані, Молдові і Україні [440]. Також відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 149 Конституції Болгарії КС дає обов'язкові тлумачення конституції [585, с. 60]. В Україні таке повноваження назване як «офіційне тлумачення Конституції України».

В.Скомороха підкреслював, що поняття «офіційне тлумачення правових норм» не є загально визнаним [731, с. 415]. Такого роду офіційне тлумачення хоч і досить явно демонструє можливості здійснення шляхом тлумачення неформальних змін конституції і відповідно похідної установчої влади (за Л.Рубінеллі), проте насправді є досить дискусійним повноваженням конституційних судів [51].

В контексті України неодноразово поставала ідея щодо відмови від такого офіційного тлумачення. Ще Б. Футей ставив досить просте ніби для нас питання: чи відрізняється «вирішення питань відповідності Конституції» від офіційного тлумачення?» [787, с. 95]. Вочевидь, американському федеральному судді було дивним бачити відмінність цих конструкцій.

Критику офіційного тлумачення Конституції як окремого повноваження КСУ бачимо у Венеційській комісії (Висновок щодо проекту Конституції України від 21 травня 1996 р. CDL-INF (96)6 щодо тексту, затвердженого Конституційною комісією 11 березня 1996 р. [493, с. 264], а також у попередньому висновку CDL-PI(2015)016 від 24 липня 2015 року) [494]. На сьогоднішній день дискусія щодо відповідного повноваження КСУ триває. Суддя КСУ О.В. Петришин справедливо ставить дуже багато питань до такого повноваження КСУ, як офіційне тлумачення Конституції України [660].

Тому, при всій прихильності ідеї судової правотворчості, неформальних змін конституції шляхом тлумачення, ми не підтримуємо наявність нормати-

вного тлумачення як окремого повноваження КСУ (якщо воно не стосується вирішення компетенційних конфліктів).

Як на нас, варто було би ще раз звернути увагу на повноваження щодо офіційного тлумачення Конституції України шляхом його вдосконалення. На наш погляд, «офіційне тлумачення Конституції» як окреме повноваження КСУ, хоч і має певні аналоги в зарубіжних країнах, проте його потрібно переглянути і залишити лише в рамках розгляду казуальних справ і прив'язати до вирішення компетенційних конфліктів, тобто до конкретних практичних проблем правозастосування. В найбільш радикальному варіанті можлива навіть повна відмова від такого тлумачення взагалі. При цьому тлумачення КСУ буде обов'язково здійснюватися казуально – при розгляді конкретного кейсу шляхом конституційного контролю (це власне відбувається і зараз, хоча формально таке тлумачення не називається офіційним).

Ми також враховуємо аргументацію М.Тропера, який пояснює, що абстрактне тлумачення присутнє в будь-якому рішенні *in concreto* (мається на увазі казуальний контроль конституційності) [411, р. 291-315]. У зв'язку із цим вважаємо, що закріплення повноважень щодо перевірки конкретних актів на предмет відповідності Конституції цілком достатньо: як виняток «офіційне» тлумачення як окреме повноваження КСУ має застосовуватися лише у випадку виникнення компетенційних спорів між органами публічної влади.

Зазначимо, що дуже важливою є суспільна легітимність тлумачення конституції, особливо в його активістських проявах. Суспільство може підтримувати або не підтримувати таке тлумачення, мати свою власну інтерпретацію конституції. Дж. Брайс, розмірковуючи про те, чим стримується судова влада щодо тлумачення конституції, писав про владу громадської думки у США [65]. У справді демократичному суспільстві саме так і має працювати. Через це обґрунтування рішень конституційних судів для суспільної переконливості і сприйняття має виходити на перший план. Сьогодні відповідні ідеї

є центральними для німецької доктрини конституційного права. На думку Й.Ізензее, громадяни у сукупності виступають як суспільство інтерпретаторів Конституції [240]. Аналогічні думки висловлює П. Габерле [212]. Поза німецькими доктринами схожі ідеї знаходимо у Д.Ролза, який вважав Верховний суд зразком громадського розсудку і наголошував на тому, що для громадян велику нагальність становить досягнення практичного порозуміння в судженні про конституційні основи [717, с. 224, 226]. Тому свобода слова і тлумачення конституції, таким чином, є важливою гарантією від зловживань²⁷. При цьому також варто погодитися із Л.Рубінеллі в тому, що обсяг влади судів значною мірою залежить від культурних і політичних умов кожного конкретного суспільства. Як наголошує вчена, суди не є всевладними установами і вони працюють лише завдяки підтримці громадської думки та прийняттю обранцями [100].

Не можна оминати і критику щодо ролі судів. Досить критичної думки щодо ролі судів дотримується авторитетний дослідник демократії Р. Даль [127, р. 189]. Тут же, до речі, не можна обійти і питання політизації конституційного судочинства [54; 429]. А. Шайо, аналізуючи питання щодо легітимності, наводить аргументи за і проти [366]. Як пише Б.Таманага, коли судді не обираються, це надає групі осіб, непідзвітних демократії, право накладати вето на демократичне законодавство [400, р. 105]. Основним же ризиком є те, що верховенство права може перетворитися на правління суддів [400, р. 124]. Сьогодні все більше лунає думка: «заберіть конституцію з судів» (М.Ташнет) [416], вказується на правління судів, що загрожує демократії [378], а для влади суддів винайшли спеціальний термін «юристократія» (Р. Гіршль) [233].

Варто не забувати і концепцію зловживаючого конституціоналізму і зловживаючого судового перегляду Д.Ландау і Р.Діксон, за якою потенційні

²⁷ Формування таких традицій для України є вкрай важливим. Про конституційну традицію свободи слова в контексті України див: [388].

авторитарні лідери іноді прагнуть захопити суди та застосувати їх для зловживань у рамках більш широкого проєкту демократичної ерозії [269, р. 1313].

Та все ж варто навести і аргументи на захист легітимності судового тлумачення конституції. Р. Познер на захист судового тлумачення в американському праві наводить ряд аргументів проти аргументів скептиків (таких аргументів аж 11) [339]. Р. Дворкін визнає ризик, що судді можуть прийняти неправильні рішення. Проте, на його думку, не слід перебільшувати небезпеку [156, р. 148]. При тлумаченні конституції Р. Дворкін віддає перевагу американському методу: покласти судову відповідальність на суддів, рішення яких є остаточними, за винятком конституційної поправки, доки воно не буде змінено пізнішим судовим рішенням [157, р. 10]. Н. Талеб доводить, що саме судова інтерпретація вписується в його ідею антикрихкості: «Вибір суду може бути лотереєю – тим не менше такий підхід дозволяє уникнути крупномасштабних помилок» [399].

Аргументом на користь легітимності судового тлумачення за А. Шайо є те, що ми маємо справу з новою формою конституційного законодавства, що пристосовується до більш складних умов, яке не зачіпає основних конституційних цінностей, або навіть допомагає їм реалізуватися, тобто йдеться про обмеження влади та здійснення основних прав людини [366]. Роль судової практики у розвитку конституційних прав величезна. К. Грєве на прикладі Італії, Німеччини, Франції, Норвегії і Швейцарії показує, як верховні або конституційні суди (у Франції – Конституційна рада) доповнили конституційний каталог прав [203, s. 467-469].

Як на нас, в цілому, знаходиться в полоні класичних демократичних суверенних теорій на сьогоднішній день, виходячи із сучасних реалій, неможливо. Традиційні підходи до демократії вже не можуть вважатися достатніми для критики судової легітимності. Це звичайно не знімає всіх проблем у діяльності судової влади, передусім у суспільствах, що не є сталими конститу-

ційними демократіями. Проте відповідний вектор розвитку навряд чи можна ігнорувати чи свідомо зупинити.

Що можна сказати про межі тлумачення? Адже незважаючи на досить серйозні аргументи щодо легітимності, все ж виникає питання: як відрізнити де судове тлумачення можна вважати таким, що виходить за дозволені межі? Адже так чи інакше все одно за наявності формального тексту конституції як акта установчої влади, суди залишаються ним якось обмежені. Б. Кардозо доводив, що «Вони (судді - Г. Б.) мають владу, але не право, виходити за межі, встановлені для судових інновацій прецедентом і звичаєм. Тим не менше, зловживаючи владою, вони порушують закон.» [78, р. 129]. Цей підхід для нас видається досить розважливим і обґрунтованим.

Питання щодо меж тлумачення Конституції (щоправда поряд із законами України) досліджували В.Я. Тацій і Ю.М. Тодика, причому вчені не погоджувалися із думкою про те, що «процес офіційного тлумачення містить у собі «правотворчі елементи»», тобто, як бачимо, вчені знаходилися на досить консервативній позиції [757, с. 37-38]. Т.М. Слінько, визнаючи наявність різних підходів до меж конституційного тлумачення, з одного боку, враховує позицію С.Шевчука щодо існування судової правотворчості, проте з іншого, все ж доходить висновку, що «нових норм тлумаченням не створюється» [734, с. 140-142].

Ряд меж судової інтерпретаційної та правотворчої дискреції формулює М.І. Козюбра [547, с. 262-263; 564, с. 306-308], які також видаються достатньо обґрунтованими, проте стосуються власне загальної теорії тлумачення і можуть бути використані в дискусії щодо меж тлумачення саме конституції *per se* лише опосередковано.

На думку П. Габерле, «конституційна теорія поки що не вирішила дилему, як уникнути «розм'якшення» конституційної держави, не опинившись у державі, яка застигла у своєму розвитку і яка відірвана від реальності» [211].

В контексті формального тексту і рішення установчої влади існує підхід, за яким суди обмежені текстом конституції (що є проявом установчої влади). Натомість Г. Джейкобсон і Я. Рознаї при цьому наголошують на необхідність захисту судами саме ядра конституції, хоч і визнають за судами можливість здійснення конституційної революції шляхом тлумачення [246, р. 245-246]. Інше питання, що навіть конституційні революції у формі тлумачення в певних випадках теж можуть визнаватися легітимними. Тому, як бачимо, це досить широкий підхід до судового тлумачення як можливостей неформальних змін конституції. На наш погляд, із приводу необхідності захисту ядра конституції досить вдало і метафорично висловився А.Шайо: «У конституційних цінностях і поняттях, схильних до мінливого, розтяжного тлумачення, є, однак, ядро, яке необхідно оберігати, якщо ми хочемо надати слову і праву якусь значення» [366]. Л. Рубінеллі наголошує, що суди не можуть змінити основну структуру конституції, але вони можуть незначно інтерпретувати та переписувати її зміст – до тих пір, поки вони зберігають свою відносну незалежність по відношенню до політичних (демократично обраних) гравців [100]. Тобто вчена наводить додатковий процедурний критерій легітимності неформальних змін, здійснених судовою владою, на доповнення до сутнісного (матеріального) критерію, який ми бачили у попередніх авторів (вона називає це основною структурою конституції). Ця думка певним чином корелюється із її ідеєю суспільної легітимності і визнання відповідної ролі судової влади як похідної установчої влади.

З іншого боку, є більш вузький підхід до меж судового тлумачення, якими називають сам текст конституції: «Формулювання Основного Закону є нездоланим бар'єром для будь-якого тлумачення, тоді як установча влада чи внесення змін до конституції має на меті саме оновлення тексту» [226, s. 78]. Як бачимо, в такому випадку можливості до неформальних змін фактично відсутні. Недоліком цього підходу є те, що на перший план виходить тексту-

альний компонент, а сутнісний (матеріальний) ігнорується. Натомість саме ідея Г. Джейкобсона і Я. Рознаї щодо ядра конституції як межі, вихід за яку означатиме неправомірність тлумачення, видається найбільш обґрунтованою. Заслуговують на увагу і підтримку також погляди Л. Рубінеллі щодо основної структури конституції і незалежності самого суду як відповідно матеріальної і процедурної межі здійснення судового тлумачення.

Таким чином, можна сказати, що суди – це той з'єднувальний місток між реальністю і надпозитивними нормами і матеріальною конституцією, за допомогою якого остання може проявити себе. В будь-якому випадку слід визнати факт перетворення (неформальних змін) конституції шляхом її судового тлумачення. Варто завжди розуміти альтернативу, якою є розвиток конституції шляхом прийняття ординарних законів. Причому легітимність промовляти від імені установчої влади у законодавчій владі є значно меншою, ніж у конституційних судів, якщо зайняти підхід П. Розанвалона і інших вчених. Саме тому розвиток конституції шляхом її тлумачення не варто протиставляти концепції установчої влади, натомість слід вважати судове тлумачення об'єктивним обмеженням в діяльності установчого конституцієдавця і писаної конституції.

Висновки до розділу 3

1. Ідея необмеженої установчої влади, реконструйована К.Шміттом, є міфом. Основним противником дезиціоністської, необмеженої теорії установчої влади теорії є постсуверенна теорія, апологетом якої вважається Е.Арато. В рамках цієї теорії установча влада приборкується до її інституційних проявів (без розриву процедурного континуїтету), також всіляко вітається створення запобіжників (судовий контроль тощо). Також постсуверенна модель апелює до досвіду суспільних переговорів, інклюзивної участі в процесі конституцієтворення зацікавлених акторів і ідеї консенсусу. Тобто йде-

ться про вимоги інституційної установчої влади, а первинна (оригінарна) форма заперечується через недоліки, що породжує конституційна революція і розрив континуїтету. Проте замінити революцію реформою повністю об'єктивно неможливо і близька перспектива повної відмови від первинної установчої влади в цьому плані в світовому масштабі не передбачається. Ми є також прихильниками обмеженості первинної (оригінарної) установчої влади. З урахуванням наявності обмежень ми вказуємо на певну свободу розсуду, яка є в рамках суверенних повноважень народу щодо здійснення установчої влади, проте не називали би саму установчу владу необмеженою. Існуючі ж обмеження ми вважаємо юридичними.

2. У випадку інституційної (вторинної) установчої влади, коли прийняття і зміни конституції здійснюється відповідно до існуючих правил старої (чинної) конституції, тобто без розриву континуїтету, здійснення установчої влади як процедурно, так і змістовно обмежено вимогами щодо форми і щодо змісту. Можуть існувати правила щодо внесення змін, формули незмінюваності, а багаторівневий дизайн (в разі наявності) буде визначати особливі процедури для внесення змін до тих чин інших положень. Також може експліцитно передбачатися судовий контроль за внесенням змін (або закріплюватися «самопроголошеними» повноваженнями органом конституційної юрисдикції, тобто бути імпліцитним).

3. Обмеження первинної установчої влади можна пов'язати із ідеєю надконституційності. Пропонуємо використовувати ідею надконституційності для характеристики меж установчої влади, пов'язаних лише із природним і міжнародним правом, але не включати до поняття надконституційності власне експліцитно виражені у самій конституції незмінювані положення (які є ніби внутрішньо конституційними обмеженнями і достатньо дискреційними в кожній національній конституційній системі).

4. Між тими, хто обстоює обмежену установчу владу і тими, хто об-

стоює її необмежений варіант, існує конфлікт в площині протиставлення соціального факту (принципу ефективності) і уявленої в більш складних поняттях легітимністю. Сама установча влада, будучи створеною для забезпечення легітимізації конституції, сприймається за такого (необмеженого) підходу як соціальний факт, що знаходиться поза правом, а тому регулюванню/аналізу/правовому обмеженню не підлягає. Вважаємо, що установча влада підлягає природно-правовому обмеженню, оскільки із самого початку установча влада виникла не як позитивістська ідея, а скоріше з'явилася як така, що тяжіє до природно-правової доктрини і до неопозитивної легітимації.

5. Обмеження установчої влади виникають і діють у тих випадках, коли органи установчої влади зіштовхуються з іншими видами легітимності, що існують в правовому порядку як зовні (міжнародне право), так і в середині (природно-правова, звичаєва легітимація). Крім того, оригінарна установча влада накладає обмеження вже сама на інституційну установчу владу. Причому такі обмеження є саме юридичними. Обмеження також накладає сама суть установчої влади, тобто це обмеження, пов'язані із внутрішньою природою самого явища. Це певне мінімальне демократичне ядро, яке має бути присутнє у процесі здійснення установчої влади. Це можна назвати теоретичними, доктринальними, логічними, раціоналістичними обмеженнями природно-правового характеру. Йдеться про необхідність встановлення базових принципів конституційного порядку, форми правління, устрою тощо, легітимованого народом (прямо або опосередковано) і з повагою до прав людини. Це можна також назвати вимогами матеріальної конституції.

6. В позитивістському розумінні можуть існувати обмеження, якщо вони є наслідком формальних приписів, які накладаються на установчу владу навіть при розриві континуїтету. Установча влада часто обмежувалася формальними актами, які ухвалював тимчасовий уряд або народ, за які орган установчої влади виходити не міг. Це, як правило, процедурні акти, ухвалені вла-

дою, що здійснює фактичне управління до набуття чинності новою конституцією, що регулюють діяльність самих органів установчої влади, виборів до них тощо. Більше того, ми вважаємо його зовнішнім по відношенню до установчої влади, хоч і в деяких випадках воно може максимально нагадувати установчу владу, якщо, наприклад, воно стосується матеріальних принципів і запроваджується референдумом, тобто користується надзвичайною демократичною легітимністю. За таких умов, коли можна забезпечити такого роду легітимність, і є доречним такого роду матеріальне обмеження установчої влади. За певних умов можна говорити про те, що в такому випадку навіть здійснюється передумовна влада або сама установча влада реалізується у два етапи. При цьому практиці відоме таке явище, як доустановча влада (*poder preconstituyente*), яку виокремлює Верховний Суд Аргентини. Тобто це зайвий раз доводить можливість існування формально закріплених обмежень. Постсуверенна теорія розширює навіть ці рамки, додаючи до такого роду матеріальних обмежень певний пакт про перехід (демократизацію), який має деліберативну природу, але не класичну демократичну легітимність у вигляді прийняття рішень шляхом застосування прямого чи представницького народовладдя. Більше того, при розгляді установчої влади із позицій постсуверенних теорій, принаймні в частині більшого залучення різних акторів до створення конституційного тексту, бачимо, що такого роду тимчасові конституції, пакти, які уклалися перед прийняттям конституції, створюють обмеження (цілком юридичного характеру), дотримання яких потім перевіряється судами. Одним із показових прикладів є залучення до такого процесу конституційних судів (найбільш яскравий приклад – ПАР).

7. Обмеження установчої влади можуть впливати із певних звичаїв матеріального характеру, що існують в правовій системі, а також бути результатом правового звичаю щодо здійснення установчої влади (в процедурному аспекті). Звичаї формують конституційну традицію, те що називають тягліс-

ттю, конституційну ідентичність в широкому сенсі цього слова. Навіть у випадку революції конституція, незважаючи на процедурний або матеріальний розрив континуїтету, все ж навряд чи може повністю здійснити розрив з усією правовою системою, що існувала до неї, з усім правом. Вона виникає не на «пустому місці». Такого роду повний розрив просто неможливо забезпечити. Тому існуючі в праві принципи, звичаї, прецеденти, нормативні акти, судові доктрини продовжують зберігати свій вплив на здійснення установчої влади. Установча влада вимушена зберегти щодо частини із цих джерел свою наступність з раціональних міркувань, а також багато з цих джерел можуть навіть «пережити» саму конституцію, якщо вона не зможе прожити довго (приклад Франції XIX ст.). Тому часто відбувається збереження (тією чи іншою мірою) змістовного континуїтету ключових принципів, навіть за умови процедурного розриву континуїтету зі старою конституцією.

8. Багато країн, відновлюючи демократію після внутрішньої узурпації або зовнішньої окупації, відновлювали свої конституції, заперечуючи легітимність «установчої влади», якою іноді намагалися прикрити відповідні сили свої недемократичні і агресивні дії. Такого роду приклади і міркування і є відповіддю на популістську конституційну теорію необмеженої установчої влади. Існують також кейси Перу (суд визнав реалізацію первинної установчої влади узурпацією влади, спираючись на принцип легітимності), ФРН (ФКС визнав, що обмеження первинної установчої влади можливе на підставі формули вічності (незмінюваних положень), що міститься в цій же конституції).

9. На інституційну установчу владу поширюються додаткові обмеження, – т.з. незмінювані положення конституції, а також процедурні норми щодо здійснення інституційної установчої влади, визначені самою конституцією. Тобто первинна установча влада додатково обмежує реалізацію інституційної установчої влади. Намагання позбутися обмежень інституційної установчої

влади якраз часто штовхає популістів до використання доктрини первинної установчої влади і хибного уявлення про неї як необмеженої.

10. Обмеження установчої влади (як первинної, так і інституційної) можуть бути: – матеріальні (змістовні) і процедурні, – зовнішні по відношенню до установчої влади (міжнародне право, акти проголошення незалежності, природні права людини, звичай, тимчасові конституції) і внутрішні (що встановлені первиною установчою владою – для вторинної установчої влади, наприклад, незмінювані положення). Процедурні обмеження у вигляді механізмів реалізації установчої влади можуть бути достатньо різними. Матеріальні обмеження стосуються передусім надконституційного природного права (прав людини) і міжнародного права (його імперативних норм, які теж головним чином спрямовані на права людини, в деяких випадках міжнародне право грає більш значущу роль – у випадку післявоєнної окупації). Суверенітет первинної установчої влади (передусім установчих зборів, в такому випадку установчі збори вважаються несuverенними) може бути також обмежений з точки зору змісту положень майбутньої конституції попередньо ухваленою тимчасовою конституцією, рішенням референдуму або іншим актом. В такому випадку постає питання щодо дотримання таких обмежень. Загалом, залучення конституційних судів або судів в цілому у конституційний процес, що здійснюється в рамках оригінарної установчої влади, як ми вже казали, прихильниками необмеженої установчої влади ніяк не коментується. Та все ж така практика існує, більше того, вона визнається представниками постсуверенної теорії (досвід ПАР, Перу, ФРН тощо).

11. Т.з. незмінювані конституційні положення забороняють в тій чи іншій формі вносити зміни до конституції. Незмінюваність пов'язана із вказівкою на певні норми або принципи, які не можуть зачіпатися. Крім того, незмінюваність може стосуватися всього тексту, але лише певних чітко визначених часових проміжків (темпоральна незмінюваність). Вимоги щодо незмі-

нюваності можуть також стосуватися матеріальних (субстантивних) та/або формальних (процедурних) аспектів. Сьогодні, особливо після Другої світової війни, формули незмінюваності стали пов'язувати із доктриною войовничої демократії. Значним поштовхом до поширення відповідних формул стало падіння диктаторських режимів у ХХ ст. і переосмислення слабкості демократій, що призвела до становлення тоталітаризму. Повалення тоталітарного режиму в Німеччині відкрило шлях до закріплення незмінюваних положень. Формули незмінюваності стали певним чином гарантами стабільності правопорядку.

12. Незмінювані положення варто розглядати як рішення установчої влади щодо обмеження майбутніх рішень інституційної установчої влади. Причому таке рішення може ґрунтуватися на ліберальних уявленнях, природних правах чи міжнародних стандартах, а може мати своїм джерелом захист конкретних конституційних принципів, які є важливими в певній національній конституційній системі. Встановлення незмінюваних положень –право установчої влади. Як вчені ми можемо говорити лише про доцільність фіксації тих чи інших положень в певних суспільствах як незмінюваних, а також про (не)ефективність надмірно широкого чи надмірно вузького переліку. Як свідчить практика, незмінювані положення можуть бути не лише формально встановленими в позитивному конституційному тексті. Зарубіжний досвід свідчить про значну роль у формулюванні незмінюваних положень суддів, які тлумачать позитивний конституційний текст. В цьому разі установча влада промовляє не лише через позитивний текст конституції, а й через суддів (для кельзенівської моделі конституційного контролю – суддів КС). Як приклад, можна назвати доктрину базової структури конституції (Індія) і доктрину заміщення конституції (Колумбія), вироблену судовими органами цих держав. В такому випадку формуються імпліцитні незмінювані положення. Такі положення функціонують в конкретних умовах політичної системи, па-

рламентаризму, правової культури і звичаїв. І головне – вони діють в умовах конкретної судової влади, представникам саме якої і надається право здійснювати перевірку дотримання незмінюваних положень при внесенні змін до конституції (за відсутністю прямої вказівки - вони самі за собою таке право визнають, рідше - відмовляються визнавати).

13. Незмінювані положення містять далеко не всі конституції, що демонструє відсутність універсальних підходів щодо незмінюваності на практиці. Виходячи із кількісних показників, навіть разом узяті експліцитна і імпліцитна незмінюваність поки що все одно не може претендувати на універсальність в конституційному праві. Конкурентом незмінюваних положень у цьому розумінні може вважатися багаторівневий конституційний дизайн (в термінології Р. Діксон і Д. Ландау). Крім того, значна кількість конституцій, а також практика політичних і судових органів свідчить про визнання за установчою владою досить широкого розсуду при внесенні змін до конституції.

13. Незмінюваність (формули «кам'яності», «вічності») позначає юридичні презумпції, і такі презумпції в ході історії, звичайно, можуть бути спростовані (якщо все таки не зможуть забезпечити відповідну незмінюваність на практиці). Допоки вони (презумпції) не спростовані, до них слід ставитися серйозно і визнавати як незмінювані положення, «формули вічності» тощо. Та все ж з огляду на вищевказане ми маємо наголосити на необхідності не перебільшувати роль семантики слів «вічність» і «незмінюваність» і не переоцінювати регулятивний вплив незмінюваних положень, не розглядати їх як своєрідну панацею для захисту тих чи інших цінностей у довгостроковій перспективі.

14. Із поняттями незмінюваних положень і конституційної ідентичності тісно пов'язаний судовий контроль за законами про внесення змін до конституції. Ідея полягає в тому, що за відсутності судового контролю за змінами конституції, формули незмінюваності, дійсно, переважно носять декларатив-

ний характер і їх дотримання повністю віддано на відкуп суб'єктам, що реалізують інституційну установчу владу (переважно – політикам). Судовий контроль з'явився спочатку «знизу», тобто шляхом самопроголошення відповідних повноважень конституційними (верховними тощо) судами, і вже згодом намітилася тенденція конституціоналізації попереднього або наступного контролю за внесенням змін до конституції. Такий судовий перегляд (розгляд, контроль) змін до конституції сьогодні в світі не є рідкістю. Його можуть здійснювати залежно від специфіки моделі судової системи звичайні суди (як правило, верховні) або конституційні суди (з урахуванням відмінностей у назвах органів конституційної юрисдикції в різних країнах – конституційні трибунали тощо). Така перевірка (перегляд) може включати два аспекти. Перший – змістовний (матеріальний), тобто наскільки зміни відповідають матеріальним (substantive) обмеженням, встановленим в конституції (або таким, що імпліцитно з неї випливають). Другий аспект – процедурний (формальний), тобто наскільки були дотримані вимоги до процедури внесення змін, яка встановлена в конституції.

15. У правовій доктрині і в практиці органів конституційного контролю різних країн сформувалось два підходи щодо права органу конституційного контролю розглядати закони щодо внесення змін до Конституції (наступного конституційного контролю). Одні країни це право підтверджують, інші – заперечують. Причому, як правило, це залежить від активізму чи самообмеження самого КС, впливає з практики його діяльності і правової доктрини відповідної країни. Таким чином, однозначно вважати той чи інший підхід правильним чи хибним неможливо. Позицію заперечення будь-якого судового розгляду змін до конституції обстоюють судові органи ряду країн (Франція, Бельгія, Мексика, Шрі-Ланка, Малайзія, Сінгапур та інші). Заперечення судового втручання в конституцію (навіть у випадку порушення процедури внесення змін) впливає з однієї із версій концепції установчої влади. Йдеться

ся про сильну концепцію установчої влади, що не проводить особливої різниці між первинною і інституційною установчою владою.

16. Судовий контроль змін до конституції (право його здійснювати) не часто фіксується прямо. Наявність права органу конституційного контролю перевіряти конституційність закону про внесення змін до Конституції може бути як експліцитною (прямо закріпленою), так і імпліцитною (виводитися із конституційних норм самим судом). Матеріальні і процедурні межі (незмінювані конституційні положення), а також право органу конституційного контролю перевіряти внесення змін до конституції можуть проголошуватися самими конституційними судами, не будучи прямо закріпленими в конституції. Формулювання «самопроголошених повноважень» щодо наступного контролю є досить поширеним (ФРН, Колумбія, Молдова, Литва, Індія, Україна тощо). Найбільш відомі доктрини сформувалися в Індії (базової структури конституції) та Колумбії (заміщення конституції). Якщо поєднати це з підходом щодо можливої імпліцитності самих матеріальних меж внесення змін/незмінюваних положень конституції, то побачимо досить широку свободу розсуду деяких конституційних і верховних судів, які пішли відповідним шляхом визнання за собою права щодо здійснення такого контролю. За умови визнання такого контролю за внесенням змін до конституції виникає питання легітимності. Йдеться про такі обставини, які треба враховувати при здійсненні процедурного контролю за внесенням змін, а саме: ступінь відхилення від процедури, істотність впливу порушення процедури на остаточний результат, легітимація змін шляхом народного голосування, тривала дія відповідних норм, наявність прямого експліцитного права відновлення дії попередньої редакції, особливості перехідного періоду у випадку відновлення попередньої редакції тощо. Також важливою є теза про тісний взаємозв'язок процедурного і матеріального контролю. Справа в тому, що матеріальний і процедурний контроль часто сильно переплітаються і повністю відривати

один від одного і проводити жорсткий водорозділ між ними, як на нас, є великим спрощенням.

17. Попередня судова перевірка (judicial review або конституційний контроль) є не досить поширеним явищем. Ще менш поширеною є судова перевірка законопроектів про внесення змін до конституції, а також прийнятих законів, до їх промульгації. Така перевірка може здійснюватися в тих випадках, якщо вона прямо (експліцитно) передбачена конституцією або законодавством, іноді – вона здійснюється імпліцитно (опосередковано), через реалізацією інших повноважень органів судової влади. Експліцитний попередній контроль за внесенням змін до конституції з боку конституційних судів – тренд пострадянський (Україна, Молдова, Таджикистан, Киргизія, Азербайджан, Вірменія) і постсоціалістичний (Косово, Румунія). Деякі із названих країн стали на шлях демократизації (навіть за наявності проблем і ускладнень), деякі, навпаки – із реальною демократією покінчили. Тому фарбувати одним кольором сам попередній контроль, напевне, не варто. Його успіх, позитивні і негативні сторони цілком індивідуальні і залежать від його моделі в конкретній країні і її контексту. Не будучи прямо передбаченим, перспективи здійснення попереднього контролю зводяться до двох варіантів. Перший варіант – попередній контроль неможливий в будь-якому вигляді (Хорватія). Другий варіант – Суд може здійснити попередній контроль так би мовити «приховано», опосередковано, реалізуючи інші свої повноваження, імпліцитно. Попередній контроль може здійснюватися імпліцитно, якщо спеціального повноваження щодо відповідного контролю за змінами конституції просто не має. Він «інтегрується» в інші повноваження конституційних (верховних) судів (Болгарія, Канада, Перу тощо).

18. Попередній контроль за змінами до конституції має всі ті недоліки, як і будь-який попередній контроль, – він ризикує бути політичним і завжди означає втручання в політичний процес. В умовах низького рівня якості ро-

боти органу конституційного контролю і залежності від політичної більшості є ризик виконання не функції контролю, а формального освячення потрібних владі змін (як це демонструє практика Киргизії, Казахстану, Таджикистану, Росії). Ще одним недоліком, вже суто юридичним є те, що попередній контроль «зв'язує руки» суду у майбутньому, – одного разу визнавши зміни конституційними за змістом, він втрачає можливість висловлювати згодом матеріальні претензії до таких змін. Принаймні, якщо така ситуація виникне, висловити такі претензії буде значно складніше, оскільки вони будуть викликати запитання щодо дотримання судом своєї власної позиції і руйнуватимуть правову визначеність.

19. Обмеження стосуються не лише створення конституційного тексту як продукту установчої влади. Це конституційна статика, яка доповнюється динамічним аспектом постійно відтворюваної легітимності, яку забезпечують інші актори (наприклад, легітимність безсторонності за П.Розанваллоном). Йдеться про неформальні зміни конституції і судові тлумачення. Саме тому роль засобів, що забезпечують динамічну легітимність, також може бути охарактеризована як обмеження установчої влади, яке існує постфактум, тобто є об'єктивною межею самих можливостей реалізації установчої влади.

20. Зміни конституції за допомогою неформальних способів (конституційних звичаїв, судової практики тощо) – не продукт виключно сучасності. Це історично вироблений набір форм, які розвивалися еволюційно. Їх перелік не є жорстким, але ми виокремлюємо такі найбільш типові випадки неформальних змін конституції: 1) зміни за допомогою законів, 2) зміни за допомогою судового тлумачення; 3) зміни, за допомогою звичаїв. Наявність відповідних неформальних способів змін тісно пов'язано із ідеєю матеріальної конституції, яка може не збігатися текстуально із писаним текстом конституції, мислиться ширше і може охоплювати й інші писані і неписані джерела (а в деяких випадках окремі положення писаного тексту під назвою «конститу-

ція» навіть можуть не належати до матеріальної конституції). Крім того, існують й об'єктивні причини, що обумовлюють неформальні зміни (розвиток) писаної (формальної) конституції за допомогою звичаїв чи судової практики тощо.

21. Наявність неформальних змін конституції стала об'єктом більш глибокої концептуалізації з боку вчених, йдеться не просто про визнання таких змін як факту, а і про намагання дати їм те чи інше пояснення, інтерпретацію в контексті більш широких закономірностей. Найбільш поширені концепти: 1) підхід Б. Акермана, який виокремлює концепцію т.з. «конституційних моментів»; підхід М. Ташнета, який розвиває концепцію «жорсткої конституційної гри» – конституційний хардбол (англ.: constitutional hardball) – спосіб, яким конституційне право користується в періоди конституційної трансформації; 3) концепція конституційної революції Я. Рознаї і Дж. Якобсона.

22. Найбільш оптимальний на даному етапі є підхід щодо визнання неформальних змін як об'єктивної межі можливостей конституцієдавця. Це об'єктивна межа суверенної установчої влади. Крім того можна стверджувати про об'єктивні межі регулювання формальної конституції, тобто йдеться про межі, які існують у вигляді об'єктивних процесів. Тобто це ті межі, із якими писана конституція обов'язково взаємодіє в процесі свого функціонування у вигляді матеріальної конституції. Такі неформальні зміни – це і є матеріальна конституція, своєрідна душа або дух писаного формалізованого тіла. Пафос теорій установчої влади, у тому числі постсуверенних, стосується акта формального конституцієтворення у вигляді писаного тексту, але за умови процесуалізації цього процесу, дотримання континуїтету тощо. Надмірне ж розмивання самої установчої влади зробить її здійснення і реалізацію надто громіздкою доктриною. Динамічна легітимність, у тому числі, за рахунок судової практики, може підтримувати класичну демократичну легітимність, проте не стати її повноцінною частиною.

23. Неформальні зміни конституції існують об'єктивно і відмовитися від них неможливо, як і від легітимації конституції за допомогою ідеї установчої влади в цілому. Узгодження неформальних змін і установчої влади можливе на засадах взаємодоповнення. Тобто неформальні зміни стають об'єктивним обмеженням самої ідеї установчої влади, із яким її прихильники і конституцієдавець має рахуватися. Вони пов'язані із матеріальною конституцією, якою конституцієдавець обмежений і на яку не може вплинути в силу обмеженості самого явища формальної конституції. Формальні зміни (вторинна суверенна установча влада) і неформальні зміни (якщо їх розглядати як обмеження традиційної установчої влади або як елемент постсуверенної теорії) приречені на взаємодоповнення і синергію, вони ніколи не зможуть поглинути один одного. В постсуверенній парадигмі вони можуть вважатися проявом особливої легітимності, не пов'язаної із народом (у суверенній парадигмі змінами є лише формальні зміни), в інших випадках – як обмеження установчої влади.

24. Традиційні підходи до демократії вже не можуть вважатися достатніми для критики судової легітимності. Судова діяльність гарантує захист матеріальної конституції, принципів і прав людини. Тобто судова влада не дає суверенним рішенням, прийнятим демократично (народом), посягати на права людини. Тим самим текст конституції тлумачиться у конформний до індивідуальних прав спосіб. Питання про роль судової влади, можливостей неформальних змін конституції, судової правотворчості як такої можуть бути індикатором для розмежування авторитарних/тоталітарних країн і демократичних. Вочевидь, що для недемократичних режимів існування незалежної судової влади, а також якісь реальні можливості щодо тлумачення конституції, які визнаються за судами цивілізованими країнами, видається непотрібним і шкідливим. На нашу думку, такі погляди є не сумісними з сучасним уявленням про сутність права як такого, концепцією прав людини та не врахо-

вують динамізм суспільного життя. Таким чином, судове тлумачення є легітимною формою неформальних змін конституції. Існують досить широкі підходи до можливостей неформальних змін конституції (аж до визнання відповідних змін в формі конституційної революції – Г. Джейкобсон і Я. Рознаї). З іншого боку, є більш вузький підхід до таких меж, якими є текст конституції. В такому випадку можливості до неформальних змін фактично відсутні. Вважаємо ідею ядра конституції як межі, вихід за яку означатиме неправомірність тлумачення, найбільш обґрунтованою.

25. Вирішення питання легітимності тлумачення конституції конституційними судами запропоноване у П.Розанвалона шляхом розширення концепції демократичної легітимності і її невичерпності виключно електоральною моделлю і суверенною концепцією установчої влади. Пов'язування конституційного судочинства і установчої влади бачимо і в практиці Венеційської комісії. Більше того, дуже важлива суспільна легітимність тлумачення. Суспільство може підтримувати або не підтримувати таке тлумачення, при цьому мати свою власну інтерпретацію (Й.Ізензее, П.Габерле). Свобода слова і тлумачення конституції таким чином є важливою гарантією від зловживань.

26. «Офіційне тлумачення Конституції» як окреме повноваження КСУ, хоч і має певні аналоги в зарубіжних країнах, має бути переглянуто і залишено лише в рамках розгляду казуальних справ або прив'язати до вирішення компетенційних конфліктів: потрібна його прив'язка до конкретних практичних проблем правозастосування. В найбільш радикальному варіанті можлива навіть повна відмова від такого тлумачення взагалі. При цьому тлумачення КСУ буде також, як і зараз, продовжувати здійснюватися казуально – при розгляді конкретного кейсу шляхом конституційного контролю.

27. Судове тлумачення конституції – це той з'єднувальний місток між реальністю і надпозитивними нормами і матеріальною конституцією, за допомогою якого остання може проявити себе. В будь-якому випадку варто ви-

знати факт перетворення конституції шляхом її судового тлумачення. Варто завжди розуміти альтернативу, якою є розвиток конституції шляхом актів звичайного законодавця. Причому легітимність промовляти від імені установчої влади у законодавчій владі є значно меншою, ніж у конституційних судів, якщо зайняти підхід П. Розанвалона і інших вчених. Саме тому розвиток конституції шляхом її тлумачення не варто протиставляти концепції установчої влади, потрібно дивитися на останню ширше, із врахуванням ідеї судового тлумачення конституції.

РОЗДІЛ 4

КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ ЯК АКТ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ

4.1. Доктрина установчої влади в Україні: історична генеза

Якщо розвивати безпосереднє дослідження історичної генези українського конституціоналізму в аспекті установчої влади, то побачимо, що український конституціоналізм в історичному плані мав дві специфічні риси: 1) у зв'язку з відсутністю власної державності (крім коротких історичних періодів) він був тісно пов'язаний із перебуванням українських земель в складі різних держав. Відповідно розвиток конституціоналізму в цих державах здійснював вплив на відповідні українські території. Таким чином, загальні європейські закономірності розвитку конституціоналізму властиві і українському конституціоналізмові в тій мірі, в якій українські землі підпадали під вплив європейських держав; 2) власний український конституціоналізм розвивався або в короткі періоди державотворення, або ж в періоди відсутності власної держави і мав характер виключно суспільно-політичної програми (іноді спроби його втілення знаходили відображення шляхом різних форм і засобів політичної боротьби). Причому варто відмітити, що історія української конституції і конституціоналізму ставала об'єктом інтересу в зарубіжній науці і відповідних монографічних досліджень [428; 438].

Не маючи на меті дослідити весь історичний період генези українського конституціоналізму, звернемо увагу лише на ті історичні події, коли доктрина установчої влади безпосередньо впливала на державно-правовий розвиток. Таким періодом є 1917-1919 рр., а саме часи української революції.

Як стверджує Я.Грицак, якби нації мали паспорти, то в українському під датою народження писало би «1914» [520, с. 223]. «Народження нації» – розділ відомої роботи «Брама Європи» С. Плохія також починається зі згадки

про 1914 рік і початок I світової війни [662, с. 266]. Близьку до названої вище дату називає І.Лисяк-Рудницький – 1917 р. [628, с. 45-46].

Доктрина установчої влади артикулюється в Україні, починаючи з часів М. Грушевського [166]. Це чудово демонструє В.М. Єрмолаєв в аспекті діяльності Центральної Ради і виборів до Всеукраїнських Установчих зборів [544, с. 123]. У Третньому Універсалі УЦР 7 від (20) листопада 1917 року було передбачено днем виборів до Українських Установчих Зборів 27 грудня 1917 року, а днем скликання – 9 січня 1918 року.» [444]. Через надзвичайні обставини вибори до Українських Установчих зборів відбулися лише в частині округів, де було обрано 172 депутати (з 301 мандати). Вибори тривали майже до кінця існування УЦР. Установчі збори не були скликані, а Конституцію (Статут) УНР було ухвалено без них²⁸.

Як згадує М.Грушевський, після повернення до Києва у січні 1918 р. Українська Центральна Рада нетерпляче чекала з'ясування підсумків виборчої кампанії, яка проходила у перших числах січня, під час більшовицької навали. 11 квітня більшість Центральної Ради ухвалила скликати Установчі збори 12 травня. Однак оскільки більшість за результатами виборів була лівою (українські соціалісти-революціонери та більшовики (комуністи), партії що не були представлені та інші угруповання не хотіли цих Установчих зборів) перспектива їх скликання надала енергії зусиллям спровокувати німців на втручання в українські урядові справи [522, с. 575-576].

М.Грушевський згадує: «28 квітня, коли німецький збройний загін зайшов до приміщення Центральної Ради і запитав про припинення її діяльності, Голова заявив, що Рада самоскасовується, передавши свою роботу Установчим зборам» [522, с. 578-579]. За спогадами В.Винниченка, незважаючи на те, що відбувалися вибори до Українських Установчих зборів, Українські

²⁸ Про скликання Українських Установчих зборів детальніше див: [544, с. 120, 122, 123, 127, 131-133, 138; 665, с. 473-474, 484].

установчі збори не були допущені німецькою реакцією, введеною на Україну самими українцями [497, с. 292].

Як вказує О.Л. Копиленко, Конституційна комісія Центральної Ради працювала над проектом Основного Закону УНР. Однак фахівці-історики, не кажучи вже про юристів, не мають точних відомостей про діяльність цієї комісії. Яку вона точно називалася, хто входив до її складу? На всі ці питання немає однозначної відповіді [619, с. 114].

Інші події української революції майже не спиралися на доктрину установчої влади, оскільки пріоритети стали більше пов'язані із виживанням української держави або просто не так сильно цікавили її керівників. Але були й винятки. Цікавий факт, що в проекті конституції О. Ейхельмна термін «установча влада» в різних відмінках вжитий 29 разів [539]. Логічним продовженням такої уваги до ідеї установчої влади було те, що питання внесення змін до конституції мали вирішуватися на референдумі (преамбула проекту). Досить детально аналізує цей проект С. Дністрянський [536, с. 365], О.М.Мироненко [643, с. 199-200].

Не можна не згадати проект конституції ЗУНР за авторством С. Дністрянського [537]. У проекті конституції ЗУНР С. Дністрянського наприкінці 1920 р. передбачалося скликання Установчих зборів для ухвалення конституції ЗУНР [642, с. 200]. По суті йшлося про установчий акт і установчу владу.

Згодом, у працях авторитетного вченого в галузі конституційного права В. Старосольського, що працював в еміграції, також використовувалася концепція установчої влади, який оперував термінами «установчий акт», «установчий закон» тощо [742, с. 159-165 181-184].

Радянський період повністю унеможливив як доктринальну розробку, так і відповідно реалізацію доктрини установчої влади. Можливості звернення до цієї доктрини з'явилися лише у 90-х рр. ХХ ст.

У Концепції нової Конституції України, затвердженій ВРУ 19 червня 1991 року, було передбачено прийняття ВРУ проєкту нової Конституції, який виноситься на референдум. І надалі в основному дискусії велися між парламентськими і референдними механізмами прийняття і затвердження нової Конституції

При цьому В. Чорновіл пропонував, щоб Конституція України схвалювалася Установчими зборами, а Установчі Збори слід обирати всім народом [746, с. 9-10]. Як зазначав В. Тацій, «референдум це своєрідна омана народу, а не прийняття Конституції. Є інші шляхи, які вже визначились у світі. Це і Конституційна асамблея, і різні установчі органи, й таке інше» [747, с. 91]. Отже, почала звучати прямо ідея установчої влади саме в контексті необхідності скликання установчих зборів.

Так само С. Головатий стверджував про те, що ухвалення конституції парламентом (однією з гілок влади) – це реальна можливість якщо не узурпації, то порушення балансу і противаги з боку законодавчої влади [748, с. 258]. Л. Кравчук зазначав, що перевагою ухвалення Конституції Асамблеєю чи Конституційними зборами в тому, що її члени приймають конституцію не для себе [745, с. 277]. Ідею Конституційної асамблеї підтримував також О. Смець, М. Хоменко. Та ці ідеї не були сприйняті.

До останнього моменту все ж не був відомий спосіб, яким буде прийматися Конституція (парламент, Установчі збори, референдум) і чи буде вона затверджуватися на референдумі в разі її прийняття парламентом або Установчими зборами. Про Установчі збори ми вказуємо виключно через те, що такі пропозиції висувалися, проте реальна конкуренція була виключно між референдним і парламентським способом. До речі, чому вони не розглядалися як взаємодоповнюючі? Мабуть, далось взнаки викривлене уявлення про референдум як про самостійну форму легітимації, коли текст представницьким органом не створюється і не приймається. Тому, мабуть, серед іншого, в

результаті, приймаючи конституцію остаточно, парламент не особливо хотів проводити затверджувальний референдум, явно побоюючись його.

Врешті-решт ВРУ, під загрозою дострокового припинення повноважень і призначення референдуму з боку ПУ, все ж прийняла Конституції України. Чи був обраний шлях правильним? По суті відбулася реалізація інституційної установчої влади – продовження конституційного континуїтету відповідно до конституції 1978 року. Хоча, враховуючи суперечливість відповідного регулювання в самій Конституції 1978 року, цей висновок може бути дискусійним. Позиції КСУ в рішеннях від 11 липня 1997 року № 3-зп і від 3 жовтня 1997 року № 4-зп 1997 року про уповноваження ВРУ на прийняття Конституції не дали точної відповіді щодо збереження або розриву процедурного континуїтету у 1996 році.

Чи був обраний варіант прийняття Конституції єдино можливим? Питання гіпотетичне. На думку В.Ф. Погорілка і В.Л. Федоренка, пошук альтернативних шляхів прийняття Конституції відбувався і зв'язку зі зволіканням Верховної Ради України [663, с. 167]. Проте це більше політологічний аргумент. Що ж стосується власне права, то враховуючи зарубіжний досвід і доктрину установчої влади, можемо констатувати, що небажання винести схвалений текст на затвердження референдуму скоріше слід оцінювати негативно. Конституція в своєму тексті розрахована на затвердження змін до її I, III і XIII розділів саме на всеукраїнському референдумі (не кажучи вже про вимогу ст. 5 про визначення і зміну конституційного ладу виключно народом), проте вона сама не пройшла цей легітимаційний шлях. Вимагаючи чогось для внесення до неї змін, Конституція сама не відповідає заданому стандарту. Тому в майбутньому ми вважаємо за необхідне затвердити схвалений парламентом або установчими зборами текст безпосередньо на референдумі. Що ж стосується поспіху при прийнятті Конституції на останньому етапі (перед цим був тривалий період затягування) під загрозою розпуску, то це теж не

можна вважати стабілізуючим фактором. Отримавши тактичний результат (прийняття Конституції), стратегічно, як на нас, такі умови прийняття конституції слід також оцінювати як несприятливі.

У змістовному плані робота конституційних комісій і робочих груп, незважаючи на всю критику, судячи із аналізу нами стенограм їх засідань, мало достатньо високий рівень компетентності. А от розгляд тексту безпосередньо на засіданні самого парламенту виявив багато недоліків, починаючи від фактору політичної кон'юнктури і завершуючи ухваленням пропозицій, які для юристів виглядають, м'яко кажучи, некоректними (детальний розгляд цього, на жаль, не є предметом нашого дослідження).

Загалом, ми би все ж не стали називати Конституцію України найкращою в світі (або Європі) чи посилатися на європейських фахівців у такого роду оцінках²⁹. Конституцію України Венеційська комісія оцінила доволі об'єктивно [89; 493], зазначивши її недоліки і позитивні сторони. Тому і більш радикальна критика Конституції (наприклад, І.Сліденко [733, с. 58, 308] чи В. Речицький [690, с. 40]) для нас видається емоційно справедливою, проте юридично недостатньо точною. Це не виключає нашу підтримку ідеї про необхідність прийняття нової Конституції за наслідком сукупності різних факторів. Ми погоджуємося з тим, що слід орієнтуватися не на косметичні поправки, а на докорінну зміну Конституції України [690, с. 243].

Для більш глибокого розуміння природи конституції ми би хотіли також вказати на перспективи оперування ідеєю конституційного блоку чи багатотекстової конституції (Р.Альберт). Ми вже торкалися цієї проблеми більш детально [466; 477].

²⁹ Порівн.: «Конституція України була визнана Європейською комісією за демократію через право (Венеційська комісія) як одна з найпрогресивніших і досконалих серед європейських країн» [541, с. 212].

Так, О.Водянніков, до прикладу, до актів реалізації установчої влади відносить, серед іншого, Декларацію про державний суверенітет України 1990 року і Акт проголошення незалежності України 1991 року [502, с. 28], а також Постанову Верховної Ради Української РСР «Про проголошення незалежності України» [504, с. 15].

Таким чином, виникає питання: чи є підстави для визнання Декларації по державний суверенітет України разом із Актом проголошення незалежності конституційними актами? Так, на думку В.М. Шаповала, Декларація має виразний нормативний характер, а от Акт проголошення незалежності – акт передконституційного значення [798, с. 39-41]. Багато вчених натомість не надають Декларації конституційного значення [753, с. 427; 795, с. 209]. А от щодо Акта проголошення незалежності України, вчені стверджують, що він мав установчий характер, а ухваливши Акт проголошення незалежності ВРУ здійснила установчу владу, що належить Українському народу [582, с. 83].

В практиці КСУ є всього декілька рішень, висновків і ухвал, які опосередковано могли би дати відповідь на питання щодо нормативної природи Акта і Декларації і потенційної належності їх до конституційного тексту як елементів конституційного блоку. В абз. 1 п. 8 мотивувальної частини Рішення КСУ від 27 грудня 2001 року N 20-рп/2001 було здійснене пряме посилення на Декларацію про державний суверенітет України. Проте вже в Ухвалі від 28 травня 2003 року № 31-у/2003 КСУ відмовився надавати офіційне тлумачення Декларації, оскільки це не належить до його повноважень (оскільки він міг на той момент надавати офіційне тлумачення лише Конституції і законів України). Таким чином, за цим підходом, Декларація не є складовою частиною конституційного блоку, як і конституційним документом або ж частиною (елементом) конституційного тексту.

Практика законотворчості, натомість, періодично оперує посиланнями на Декларацію. Такі посилання можна знайти як в преамбулі Закону «Про

державний кордон України» від 4 листопада 1991 року № 1777-ХІІ, так і в новітніх актах. До них належать Закони України «Про санкції» від 14 серпня 2014 року № 1644-VII, а також «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» від 18 січня 2018 року № 2268-VIII.

Таким чином, проведене дослідження не може не свідчити про концептуальну несформованість української наукової доктрини і офіційної доктрини КСУ щодо ролі, статусу і юридичної сили Декларації. При цьому говорити про доктрину конституційного блоку або ж про визнання статусу конституційних актів Акта проголошення незалежності і Декларації про державний суверенітет України поки що зарано. Якщо ж в частині Декларації ми відверто виступаємо проти включення її до конституційного блоку, то щодо Акта проголошення незалежності прямий зв'язок із Конституцією є очевидним.

Що ж стосується характеристики Конституції України як акта установчої влади, то вона була здійснена постфактум завдяки позиції КСУ, що була висловлена ним у 1997 році. Одразу зазначимо, що характеристика Конституції України як акта установчої влади не є єдиною. Окрім розуміння конституції як акта установчої влади, ми зустрічаємо і інші підходи, які описують її природу. Ми зараз не будемо говорити про розуміння її як Основного Закону, що теж є дуже поширеним концептом (який прямо втілений в тексті преамбули самої Конституції). Адже згадка про Основний Закон не суперечить концепту установчої влади (якщо при цьому не розуміти конституцію як різновид звичайних законів, а характеристику основного закону пов'язувати із ідеєю найвищої юридичної сили).

Мається на увазі, наприклад, концепція суспільного договору. Її прихильником є С.Головатий [517, с. 1512]. При цьому сам вчений також описує

КУ і в термінах установчої влади (не вбачаючи вочевидь між теорією суспільного договору і установчої влади якогось протиріччя) [516, с. 612].

А от С.В. Різник серйозно занепокоєний відсутністю остаточного розуміння феномену самої Конституції [698, с. 17]. Не ставлячи за мету виробити якийсь інтегративне розуміння конституції, водночас, погоджуємося із занепокоєнням С.В. Різника – природа феномену Конституції в Україні вимагає свого осмислення. Ми спробуємо зробити це крізь призму предмету нашого дослідження – установчої влади.

Варто погодитися із А.А. Стрижаком в тому, що в наукових колах не існує єдиної думки щодо поняття, сутності та змісту установчої влади [754, с. 15]. Як справедливо зазначає Ю.Г. Барабаш, «установча влада Українського народу як конституційний феномен лише набуває своїх чітких рис» [456, с. 79].

Питання щодо змісту і конкретних форм реалізації установчої влади було предметом докторської монографії Р.М. Максакової «Конституційно-правові проблеми організації і реалізації установчої влади в Україні» [637, с. 154-156]. Вчена пропонує розширити традиційне сприйняття установчої влади як влади, що належить виключно народові і полягає у прийнятті або зміні конституції. Що ж до втілення в чинній Конституції, то на думку вченої, в ній установча влада отримала конституційне закріплення у вигляді первісної й похідної установчої влади: первісна установча влада належить народу та здійснюється ним через різні форми безпосередньої демократії (зокрема, через вибори й референдуми, а також конституційний процес); похідна установча влада належить народу, проте здійснюється через здійснення установчих повноважень у діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування [635, с. 242].

Таким чином, ми бачимо намагання в той чи інший спосіб розширити концепт установчої влади за межі прийняття і внесення змін до конституції.

Ці ж ідеї висловлюються і в працях інших вчених [545, с. 194; 570, с. 187,191, 194-195, 202, 209; 645, с. 146-147; 647, с. 132 ; 648, с. 680-681; 674, с. 164-165; 728, с. 12-13; 729, с. 83; 807, с. 96]. В сучасній українській науці ми бачимо досить широкий підхід до інтерпретації установчої влади (таких досліджень за нашими підрахунками досить багато). Настільки різні підходи до розуміння установчої влади, а також посилення на неї і використання в державно-правовому житті не сприяють створенню послідовної концепції реформування Конституції України. Широке розуміння установчої влади і її змішування з народним суверенітетом видається недостатньо обґрунтованим, натомість мова повинна йти скоріше про прийняття конституції і внесення до неї змін.

В якійсь мірі можна припустити, що більш широкі підходи демонструють постсуверенну концепцію установчої влади, яку представляє Е.Арато та багато інших вчених. Разом із тим українські вчені дуже рідко оперують відповідним дискурсом. Таким чином, широке розуміння установчої влади робить її частково або повністю синонімом народного суверенітету (в окремих випадках охоплює ще й владу територіальної громади стосовно прийняття місцевих статутів і локальних актів або право на самовизначення корінних народів). За відсутності детального обґрунтування при такому широкому підході втрачається центральна мета ідеї установчої влади – обґрунтувати можливість народу встановити собі конституцію. Тому ототожнення народовладдя з установчою владою, розширення останньої в той чи інший спосіб видається нам недоцільним як з наукової, так і з практичної точки зору.

Як на нас, в подальшому українська доктрина установчої влади має будуватися на відповідних концептах, які завдячують своїй появі зародженню конституціоналізму в світі і революційним подіям, передусім, Франції XVIII ст. Вважаємо, що український концепт установчої влади має ґрунтуватися на фундаментальних розробках, які ми частково проаналізували у попередніх розділах (Е.-Ж. Сійеса, К. Шмітта, Р.Боннара, Е.-В.Бокенфьорде, Й.Ізензее та

багатьох інших вчених) та має пов'язуватися передусім із процесом ухвалення Конституції та внесенням до неї змін. При цьому установча влада є одночасно науковою доктриною, яка пояснює і певним чином легітимує відповідні суспільні явища. Крім того, варті уваги постусуверенні теорії (Е.Арато та інші). Але про них треба говорити виключно в рамках включеності в повноцінний науковий дискурс, який ведеться на Заході і з оперуванням відповідними аргументами, якими керуються Е.Арато і інші дослідники.

Щодо впливу названих вище широкіх поглядів на установчу владу в українській науці на практику, то геть різноманітні підходи до установчої влади можна побачити на прикладі аналізу ЄДРСР (Єдиного державного реєстру судових рішень) [671; 672; 778; 779].

Варто відзначити, що в українській юридичній науці існує значна частина прихильників традиційної концепції установчої влади, коли йдеться про прийняття і внесення змін до конституції. [532, с. 114; 560, с. 156; 621, с. 105; 657, с. 69; 723, с. 248; 770, с. 17; 804, с. 140; 811, с. 25, 104]. На сьогодні все більше можна відзначити появу присвячених установчій владі праць, виконаних із використанням класичних і сучасних західних джерел на відповідну тематику (О.М. Бориславська [484], О.Ю. Водяніков [502; 503; 504], С.П. Рабінович [346; 683], М.В. Савчин [719]).

Якщо ми говоримо про юриспруденцію КСУ, то доктрина установчої влади активно увійшла в практику конституційного судочинства завдяки не в останню чергу саме В.М. Шаповалу, погляди якого як вченого суттєво впливали на рішення КСУ, в підготовці яких він брав участь. Багато в чому завдячуючи йому ця доктрина була втілена в перших рішеннях КСУ – в рішеннях КСУ від 11 липня 1997 року № 3-зп і від 3 жовтня 1997 року № 4-зп.

У рішенні від 11 липня 1997 року № 3-зп КСУ зазначив, що «прийняття Конституції України Верховною Радою України було безпосереднім актом реалізації суверенітету народу, який тільки одноразово уповноважив Верхов-

ну Раду України на її прийняття.». КСУ згадав також положення преамбули Конституції, в якій йдеться про прийняття Конституції парламентом від імені Українського народу. Опосередкування суверенної волі народу при прийнятті Конституції 28 червня 1996 року КСУ підтвердив також з посиланням на преамбулу і в п. 4.1, 4.3 мотивувальної частини рішення від 5 жовтня 2005 року № 6-рп/2005. Формально в рішенні від 11 липня 1997 ми ще не бачимо словосполучення «установча влада», але КСУ вже звертається до фундаментальних питань реалізації такої влади при прийнятті Конституції.

Ю.Г. Барабаш з цього приводу справедливо запитує, «звідки у Суду виникла тверда впевненість у тому, що саме народ уповноважував парламент на реалізацію його (народу) установчих повноважень?» [454]. Р.М. Максакова стверджує, що жодного акта народного волевиявлення щодо «одноразового уповноваження» ВРУ на прийняття Конституції України насправді не було, і положення п. 1 ст. 85 та ст. 156 чинної Конституції України не підтверджують вказане «уповноваження», оскільки вони стали юридично значущими тільки після прийняття Конституції, а не до нього [637, с. 44]. Пояснення знаходимо у В.М. Шаповала: «З огляду на вихідний зміст теорії установчої влади наявність у члена парламенту мандата на участь у конституційному нормотворенні не викликати перепечень лише тоді, коли прийняття основного закону прямо віднесене до компетенції парламенту» [796, с. 31].

За Конституцією 1978 року право ухвалювати конституцію належало до компетенції парламенту. Тому можемо припустити, що саме через це КСУ і став на наведену вищу точку зору, хоч і розкривати і детально пояснювати свою думку про відповідне «уповноваження» не став.

В якійсь мірі сам КСУ (рішення від 11 липня 1997 р. № 3-зп) натякає саме на цю ідею: в чинній Конституції України 1996 року право приймати Конституцію у парламенту відсутнє. Тобто це ніби і має пояснити нам одноразовість уповноваження. Якщо до прийняття Конституції в попередньому тексті

Основного Закону таке право було, а в чинному його немає, то уповноваження парламент на прийняття конституції було одноразовим.

О.Водянніков є прихильником думки про те, що парадигма народовладдя трансформувалася з теорії «влади рад» на парламентаризм [502, с. 29-30]. Тобто, як ми розуміємо, пояснення права здійснювати установчу владу вчений бачить не у якомусь спеціальному уповноваженні шляхом народної легітимації чи формальній нормі конституції, а у ідеї представницького народовладдя і установчої влади, за якою представницький орган в певні акерманівські історичні конституційні моменти набуває такого статусу. Причому вчений все ж визнає, що «юридично прийняття Конституції України відбулося відповідно до положень Конституції 1978 року». О.Водянніков помітив важливий дуалізм. На нашу ж думку, прийняття конституції більшою мірою впливало саме із формальних повноважень парламенту і трохи трансформованої у народовладдя ідеї всевладдя рад. Що ж стосується використання доктрини установчої влади, то дійсно вона цілком може стати в нагоді, проте якраз саме вона, як відповідна доктрина, не використовувалися станом на 1996 рік і зіграла роль у додатковій постлегітимації Конституції саме завдяки позиції КСУ 1997 року.

Рішення від 11 липня 1997 р. № 3-зп і подальші рішення, в яких КСУ оперує доктриною установчої влади, на жаль, не пояснюють деталі цієї доктрини (зокрема, в аспекті поділу установчої влади на первісну і інституційну, тобто виду реалізованої в 1996 році установчої влади). Саме відсутність ясності в цьому питанні продовжує суттєво впливати на ключові питання конституційного процесу і до нині.

Ухвалення нової конституції парламентом можливе як у випадку розриву конституційного континуїтету (або створення конституції з нуля, коли її взагалі до цього не існувало), так і за відсутності такого розриву, із збереженням правонаступності. В першому випадку реалізується первісна устано-

вча влада, вона ж суверенна диктатура за К.Шміттом. У другому випадку – інституційна установча влада. Український кейс залишився в цьому плані нерозгаданим.

Справді, відсутність пояснення із боку КСУ ставить питання, яке озвучив Ю.Г.Барабаш: первісну чи інституційну владу здійснила ВРУ, ухваливши Конституцію України (на що «лише одноразово» її уповноважив народ)? Варіанти відповіді такі.

Перший варіант. ВРУ здійснила первісну установчу владу, розірвавши процедурний континуїтет і діяла від імені народу як єдиний загальнонаціональний представницький політичний легітимний орган. Проте якщо взяти на озброєння тезу про уповноваження парламенту внаслідок наявності у нього повноважень за Конституцією 1978 року на прийняття конституції, то ВРУ реалізувала інституційну установчу владу. Це має принципове значення. Юридично уповноважити ВРУ на прийняття Конституції України народ міг лише, дотримуючись процедури, визначеною Конституцією України 1978 року. Якщо ж йшлося про первісну установчу владу (суверенну диктатуру і розрив процедурного континуїтету), то юридично жодного уповноваження не було. Не було референдуму, який би уповноважив на прийняття Конституції України ВРУ, парламент не був спеціально обраний як конституанта, сам себе нею не проголошував тощо. До речі, такі уповноваження, нагадаємо, так чи інакше, легітимувалися народом на референдумах у Франції, Іспанії, Італії. Але все це – скоріше елементи постсуверенної моделі або їх прототипи.

Ми жодним чином не ставимо під сумнів факт чинності конституції. Адже прикладів ухвалення конституцій органами, не уповноважених з формальної точки зору на це безліч (Установчі збори Франції 1791 року, Філадельфійський конвент 1787 р.). Проте справа в тому, що вони діяли як органи, що реалізовували суверенну диктатуру народу (За Шміттом) за відсутності старої (взагалі будь-якої писаної) конституції або діяли всупереч їй по різних

причинам. Саме в цьому, як правило, проявляється первісна установча влада. При цьому механізм такого спеціального уповноваження може бути задіяний, а може – ні. Історія знає різні приклади. Натомість первинна установча влада обов'язково порушує конституційний континуїтет, якщо процедура його дотримання була врегульована (інакше це, скоріше, інституційна установча влада). І в цьому сенсі, у випадку визнання розриву і здійснення суверенної диктатури, якогось уповноваження, про яке пише КСУ, не було. Знову ж таки, хочемо наголосити, що навіть без такого формального уповноваження реалізація установчої влади є можливою. Але в цьому розумінні скоріше за все події в Україні не розвивалися, суверенна диктатура (первісна установча влада) не реалізовувалася. Якщо континуїтет дотримується, ухвалення нової конституції ухвалюється в рамках старої, то тут уповноваження на ухвалення нової конституції впливає із дотримання старих процедур. І це було зроблено в Україні.

Тому ми отримуємо другий варіант відповіді. Виглядає так, що конституційний континуїтет був збережений. Хоча ризик іншого сценарію також існував (якби Конституція України була ухвалена на референдумі, що оголошений Президентом, або був реалізований Конституційний договір 1995 року). Та все ж установча влада носила інституційний характер. Обираючи ВРУ у 1994 році, за умови наявності повноважень на ухвалення нової Конституції за Конституцією України 1978 року, народ ніби обирає представників, допускаючи їх право прийняти нову конституцію. Тоді все логічно. Одноразовість цього повноваження була підкреслена КСУ мабуть дійсно тому, що нова Конституція України 1996 року не передбачила прийняття нової Конституції України взагалі. Інакше таке уповноваження одноразовим би не було.

У рішенні КСУ від 3 жовтня 1997 року N 4-зп (справа про набуття чинності Конституцією України) доктрина установчої влади представлена най-

більш яскраво, оскільки саме таку природу вбачає КСУ у прийнятій Конституції.

Чому ж КСУ вирішив, що прийняття Конституції України було реалізацією установчої влади, якщо ми візьмемо за основу зроблений нами вище висновок про здійснення інституційної установчої влади? Як ми вже зазначили, все схиляє до того, що ВРУ реалізувала лише інституційну, а не оригінарну установчу владу. Проте чи була у неї ця інституційна установча влада взагалі? Чи достатньо для визнання установчої влади здійсненою існування положень про право ВРУ приймати конституцію і, відповідно, факту наявності відповідного уповноваження на прийняття конституції у парламентарів? Чи все ж інституційна установча влада якось будуватися на вже реалізованій оригінарній установчій владі перед цим (в чинній конституції, яка встановлює таку процедуру)? І чи була побудована Конституція України 1978 року на цій концепції? Чи могла взагалі радянська конституція на ній будуватися в принципі?

Отже, питання таке. Щоб реалізувати інституційну установчу владу, треба щоб до цього якимось чином була реалізована первинна (оригінарна) установча влада. А чи була сама Конституція 1978 року актом установчої влади? На наш погляд, однозначно ні. Джерело легітимності Конституції УРСР 1978 року ґрунтувалося на попередніх радянських конституціях, які так само не були актами установчої влади. Конституцію УСРР 1919 року не можна назвати ухваленою справжнім представницьким органом, установчі збори в УРСР не скликалися. Та й на доктринально-теоретичному рівні в СРСР жодного разу не підіймалося питання про установчу владу і радянські конституції такими не визнавалися, навпаки, вони визначалися як акти диктатури пролетаріату і комуністичної партії. З цих позицій викликає сумнів абсолютна юридична чистота визнання установчої природи Конституції України 1996 р. (в обох випадках – і щодо реалізації первісної, оскільки був збе-

режений процедурний континуїтет, і інституційної – оскільки вона не ґрунтувалася на первинному акті установчої влади). Спроби розриву континуїтету на користь ідеї застосування в бік референдарних затверджувальних механізмів були (шляхом їх унормування при укладенні Конституційного договору), але вони виявилися безуспішними.

Можна, як варіант, вказати на те, що після 1991 року і проголошення незалежності, визнання правонаступності, а також внесення змін до Конституції 1978 року шляхом зміни її назви і деяких змістовних положень була здійснена передумовна влада, що відкрила шлях до установчої влади. І ця логіка була би можливою, якби ці зміни якимось стосувалися процедури прийняття нової конституції. Проте була змінена лише вівіска (і деякі регулятивні норми), а сама ж процедура здійснення конституційного процесу залишилася повністю радянською.

Чи можна використати тут концепцію «реконституції» Ж. Колон-Ріуса, про яку ми вказували у другому розділі (тобто коли установчими властивостями ми наділяємо конституцію шляхом її системного оновлення)? Досить дискусійне питання, оскільки оновлення Конституції 1978 року навряд чи відповідає відповідним критеріям, проте нову легітимність завдяки тим процесам, що нагадують ідею Ж.Колон-Ріуса, в цілому, так чи інакше вдалося забезпечити.

Бажання зберегти процедурний континуїтет із Конституцією 1978 року, на наш погляд, в 1996 році було ніби і хорошою ідеєю (таке дотримання є ключовою тезою прихильників постсуверенної парадигми), проте сама процедура як така могла б бути інша і краща і більш відповідною уявленням про установчу владу. При цьому, вочевидь, повернення до конституційних актів УНР, хоч і тимчасового, як можливий варіант, виглядало недоречним, оскільки континуїтет Конституції УНР 1918 року був неодноразово згодом перерваний владою Гетьманської держави Скоропадського і Директорії (якщо на-

віль не згадувати, що чинності Конституція(Статут) УНР взагалі не набрала, а також те, що вона сама не була актом установчої влади). Відновлювати по суті не було чого (у порівнянні з тими ж самими балтійськими державами, які вдалися свого часу саме до такого кроку, але мали досвід реального функціонування відновлених конституцій до окупації їх країн з боку СРСР у 1939 році). Тому в Україні варіантів було два: або розрив континуїтету і реалізація конституційної революції, або його дотримання.

Та саме дотримання процедури, яке полягало всього лише у вимозі двох третин голосів народних депутатів для прийняття конституції викликає сумнів у тому, що вона (така вимога) – достатня для повної і беззаперечної кваліфікації її дотримання як здійснення установчої влади народом. Зрозуміло, що не існує такої аксіоми, що би однозначно не визнавала таке голосування кваліфікованою більшістю парламенту як реалізацію установчої влади, проте все одно багато питань залишилося. Головне: дотримання процедурного континуїтету з радянською конституцією на шкоду великій кількості альтернатив, що могли би бути реалізовані як з дотриманням континуїтету (якби були внесені формальні зміни до Конституції 1978 року), так і без такого, але би надали набагато більше впевненості у природі Конституції України як акта установчої влади. Крім того, не спрацював т.з. «Конституційний договір», який передбачав все ж таки більш близьку до установчої влади (хоч і теж не ідеальну) процедуру (узгоджений проєкт, прийнятий парламентом і схвалений на референдумі).

Ми тим самим не хочемо сказати, що Конституція України цілком не є актом установчої влади. Підстав для того, щоб дійти такого радикального висновку немає і в якійсь мірі ухвалення парламентом все ж ми визнаємо достатнім мінімальним стандартом. Проте в офіційній юриспруденції КСУ ми не отримали відповідь на питання: актом первинної чи інституційної устано-

вчої влади є цей акт? Відсутність цієї відповіді до сих не додає визначеності у коренях нашої нормативної системи і її подальших перспектив.

Крім того, наша реконструкція подій і постановка питань спрямована у тому числі і на майбутнє, щоб уникнути помилок і зробити згодом краще. Наша рефлексія покликана допомогти в майбутньому конституційному процесі прийняттю нової конституції. До речі, як ми вже показували, конституція має також динамічний аспект своєї легітимності, а доктрина установчої влади може допомогти в цій динаміці, навіть якщо статика в якійсь своїй ідеальній моделі не була повністю реалізована (ідеї реконституції Ж.Колон-Ріоса, демократичної легітимності П. Розанвалона, легітимності через зміст, міфологізація здійснення установчої влади на рівні писаного тексту Основного Закону і наукової доктрини за прикладом ФРН тощо).

Отже, завдяки позиції КСУ, висловленій у двох згаданих рішеннях (від 11 липня 1997 року і від 3 жовтня 1997 року), Україна офіційно сприйняла ідею установчої влади, що було наслідком відповідних доктринальних напрацювань. Хай там як, але завдяки позиції КСУ, хоч і доволі суперечливій, ми сприйняли доктрину установчої влади, мало розуміючи що вона насправді означає. Наслідки такого доктринального голоду спричинили досить серйозні наслідки у вигляді подій 2004, 2010 і 2014 років, про що йтиметься далі. Мова йде передусім про нерозуміння природи різновидів установчої влади, – оригінарної та інституційної, а також відсутність втілення усталених інструментів установчої влади в реальних механізмах, закладених у Конституції України 1996 року, наявних суперечностях в цьому плані в середині конституційного тексту. Так само природа Конституції України як акта установчої влади була значною мірою міфічною, тобто реконструйованою самим КСУ (та це не лише українська «хвороба»).

По суті КСУ створив міф легітимації Конституції України за допомогою доктрини установчої влади постфактум, після її прийняття (на відміну того ж

Е.Сійеса, який свого часу покладав ідею установчої влади у механізм прийняття Конституції Франції 1791 р.). Інше питання, що міф може бути також корисним. Яскравим прикладом для цього є наведена нами в попередніх розділах дискусія щодо міфологізації здійснення установчої влади в ФРН при прийнятті Основного Закону у 1949 році, проте нині легітимність цього документа ні в кого сумнівів не викликає.

Що ж стосується рішення КСУ від 3 жовтня 1997 року, то воно мало один досить практичний наслідок. Визнання Конституції України 1996 року актом установчої влади стосувалося тлумачення моменту набрання чинності КУ. Проблема полягала в тому, що текст Конституції України був офіційно опублікований лише 13 липня 1996 року. В рішенні КСУ розглядалася «колізія» між частиною п'ятою статті 94 (що вимагає опублікування для набрання чинності законами) та статтею 160 Конституції України (яка встановлює конкретну дату набрання чинності Конституції – день її прийняття), яку КСУ розв'язав на користь статті 160. При цьому КСУ навіть не визнав саму колізію, а просто віддав перевагу ст. 160, не вважаючи Конституцію «законом» (більш детально про це див.: [460]).

Відсутність будь-яких застережень з приводу необхідності опублікування Конституції з боку КСУ не може не хвилювати. Адже ідея установчої влади також має підпорядковуватися певним вимогам, тому ж принципу верховенства права і правової держави, відповідно до яких знання прав і обов'язків досягаються шляхом публікації нормативно-правових актів і прив'язки набрання чинності до опублікування, що є обов'язковим. Чому це правило не має поширюватися на саму Конституцію? Можна було би зрозуміти відповідний підхід, якщо б Конституція затверджувалася на референдумі, будучи попередньо вже опублікованою. Натомість ми мали парламентську процедуру прийняття тексту Конституції, деякі проекти якої дійсно попе-

редньо оприлюднювалися, проте жоден з них не був ідентичним схваленому парламентом тексту.

До речі, одним із суттєвих недоліків у 1996 році, на наш погляд, було те, що був повністю збережений континуїтет двох чинних органів влади: Президента і Верховної Ради України. Навіть назву парламенту депутати не захотіли змінити (до останнього в проєктах фіксувалася назва «Народна Рада»). З цих же причин, вочевидь, була відкинута і ідея двопалатного парламенту, оскільки в такому разі континуїтет розривався і в разі сприйняття такої ідеї чинному парламенту потрібно було припинити свої повноваження. Ухвалення Конституції «під себе», на наш погляд, – ключовий недолік Конституції 1996 року. Так само і роль Президента не була безсторонньою, оскільки він зберіг континуїтет і уникнув перевиборів.

Як зазначає А.А. Стрижак, що неписані правила ввічливості на випадок прийняття конституцій парламентами вимагають розпуску парламенту, і чого не було зроблено 28 червня 1996 року [754, с. 3]. Дійсно, справедливим в цій ситуації було би дострокове припинення повноважень виборних органів влади (Президента і парламенту), проте цього не відбулося.

Як можна зробити висновок із тих матеріалів, які надають В.М. Шаповал і А.В. Корнеєв, ще у 1992 році народні депутати дуже боялися розпуску парламенту після прийняття Конституції. Йшлося як про її розпуск для обрання нової, яка б мала прийняти Конституцію, а також в контексті розпуску, якщо таке прийняття відбудеться чинним складом. «Тому обговорення питання щодо розпуску парламенту зайняло значне місце у загальній дискусії з проєкту нової Конституції і додало суперечкам пристрастей» [800, с. 31]. Не дивно, що з прийняттям конституції так довго тягнули обидва скликання (перше і друге) – депутати не хотіли втрачати свої мандати. Вочевидь, компромісом було таке занепокоєння зняти.

Згодом цей інституційний вибір був повністю проігнорований у рішенні КСУ від 25 грудня 2003 року № 22-рп/2003 щодо «третього строку» Л.Кучми. Таке рішення могло би бути гіпотетично хоч якось справедливим, якби у 1996 році вищі органи влади пішли на перевибори (та це теж є доволі спірним). В цьому контексті доречна ідея Ю.Г. Барабаша: «за будь-яких змін конституційної моделі організації державної влади всі представницькі інституції, яких стосуються ці конституційні зміни, доцільно переобирати» [453, с. 33]. Це демонструє лише один із аспектів практичного впливу для правової системи такого важливого кроку, як прийняття нової Конституції. Не менш важливими є і зміни до неї. Саме про зміни до Конституції і прийняття нової КУ ми вестимо мову у наступних підрозділах.

4.2. Процедура внесення змін до чинної Конституції: роль установчої влади

Питання забезпечення стабільного і динамізму є наріжним каменем будь-якого конституційного дизайну. Конституція України, вочевидь, належить до жорстких конституцій. Більше того, в Конституції міститься те, що ми називаємо, слідом за Р.Діксон і Д.Ландау, багаторівневим конституційним дизайном: тобто дві різні жорсткі процедури внесення змін, одна з яких захищає найбільш важливі положення (процедура змін I, III і XIII розділу).

При характеристиці процедури внесення змін до Конституції України і реалізації інституційної установчої влади ми маємо звернути увагу на ті проблеми доктринального і практичного характеру, які виникають. Це, головним чином, проблематика співвідношення положення ч. 3 ст. 5 Конституції із положеннями її розділу XIII (щодо виключного права народу змінювати конституційний лад).

Отже, потребує дослідження питання кореляції чинної процедури внесення змін до Конституції України із положенням ч. 3 ст. 5 Конституції. Нагадаємо, що цей пункт вказує як на визначення, так і на зміну конституційного ладу виключно народом. Якщо процедура внесення змін до розділів I, III, XIII в цьому плані виглядає більш менш узгодженою із положеннями ч. 3 ст. 5 КУ (що також може бути дискусійним), то процедура внесення змін до інших розділів – не виглядає.

Ще в Концепції нової Конституції України, затвердженій ВРУ 19 червня 1991 року, було передбачено, що рішення про внесення змін і доповнень до Конституції приймаються кваліфікованою більшістю всього складу депутатів або простою більшістю в ході всенародного голосування (референдуму). Тобто ще не було ідеї багаторівневого дизайну, а парламентський і референдний способи внесення змін розглядатися як альтернативні, причому стосовно всього тексту Конституції.

Можливість внесення змін до Конституції України безпосередньо на референдумі пропонувалася в офіційному проекті Основного Закону в редакціях, оприлюднених у 1992-1993 р., причому це мав бути референдум за народною ініціативою; водночас такий порядок мав виступати як альтернативний [799, с. 10].

Більше того, у Концепції нової Конституції України містилася ідея народної конституційної ініціативи: ініціатива внесення змін і доповнень до Конституції вноситься за рішенням не менш як 1/3 всього складу депутатів або у порядку народної ініціативи - петицією, підтриманою не менш як двома мільйонами громадян.

Як вказує О.І. Ющик, наступним проектом Конституції до повноважень Всенародної Ради було віднесено внесення змін і доповнень до Конституції України, але з наступним їх затвердженням всеукраїнським референдумом (проект від 26 жовтня 1993 р.). Вже друга, сформована у 1994 році, Консти-

туційна комісія прийняла рішення про встановлення різного режиму для внесення змін до “засадничих” розділів I, III, XIII та інших розділів [814, с. 254]. О.І. Ющик детально аналізує еволюцію положень конституційних проєктів щодо запропонованої процедури внесення змін до майбутньої Конституції України [814, с. 252-255] і звертає увагу на тенденцію звуження участі установчої влади [814, с. 257] (маючи, вочевидь, на увазі роль народу).

Відчувалася тенденція до звуження ролі народу не лише щодо прийняття змін, а і щодо подання законопроєкту (народної ініціативи). Адже в проєктах Конституції України (починаючи власне із Концепції нової конституції) передбачалася т.з. народна конституційна ініціатива (поряд з народною законодавчою ініціативою). Проте обидві норми спіткала одна доля – їх виключили, хоча відчувалося більш прихильне ставлення саме до народної конституційної ініціативи. Чому прибрати народну конституційну ініціативу зі стенограм засідання комісії і її робочих груп не вдалося з’ясувати. Народна конституційна ініціатива зникає вже під час роботи другої конституційної комісії. Ми ж вважаємо, що її наявність могла би бути цілком доцільною.

За умови існування проєкту про внесення змін щодо народної ініціативи (проєкт Закону про внесення змін до статті 93 Конституції України (щодо законодавчої ініціативи народу) від 29.08.2019 № 1015) [677], можна і потрібно ставити питання і про народну конституційну ініціативу і її запровадження. При цьому варто взяти як досвід проєктів КУ, так і досвід тих країн, де така ініціатива існує (Швейцарія тощо). Наголосимо, що наша індея народної конституційної ініціативи стосується не проведення референдуму, а подання законопроєкту до парламенту. Інше питання, що для цього потрібно вносити зміни до розділів III і XIII (до речі, і народна законодавча ініціатива в проєктах конституції містилася у III розділі, проте в проєкті 2019 року саме цей розділ змінювати не пропонували, що можна визнати певним чином бажанням обійти більш складну процедуру внесення змін для III розділу).

У 1996 році тенденцію щодо звуження ролі народу в якийсь момент «ламає» О.Мороз, запропонувавши чинну норму ч. 3 ст. 5 Конституції³⁰. Так чи інакше, стаття 5, запропонована в останній момент, не врятувала остаточний текст конституції від нахилу в бік парламентського способу внесення змін із суттєвою роллю Президента. Ця стаття не могла замінити всі ті норми, від яких вирішили відмовитися (народна конституційна ініціатива, схвалення всіх змін на референдумі, а також альтернативна процедура – залежно від суб'єкта ініціативи: необхідність затвердження народом або схвалення виключно парламентом). Як наслідок, виник серйозний конфлікт між процедурою, яка знайшла своє відображення в тексті, і статтею 5, що закріплювала «виключне» право народу.

Сьогодні встановлений розділом XIII Конституції порядок внесення змін до неї не передбачає внесення до Верховної Ради відповідного законопроєкту безпосередньо народом. На думку П.Б. Євграфова, у цьому відношенні положення зазначеного розділу не узгоджуються зі статтею 5 Конституції [540. С. 59]. Отже, виникає питання щодо співвідношення ч. 3 ст. 5 із XIII розділом Конституції України. Як впливає з тексту Конституції, є чіткий порядок, а суб'єктом внесення змін є ВРУ, і лише щодо I, III і XIII розділів у цій процедурі бере участь народ безпосередньо (через референдум). Як співвідноситься цей порядок із статтею 5 Конституції, яка відносить до народу не лише право визначати, а й змінювати конституційний лад (причому це право названо «виключним»)?

Більше того, в своєму формулюванні без регулювання детальної процедури такої участі, положення ч. 3 ст.5 спричинило необґрунтовану ідею можливості діяти виключно на її підставі, без огляду на спеціальну процедуру, визначену в розділі XIII. Ці ідеї намагалися імплементувати в 2000 році, про-

³⁰ Про конституційний лад і історію його конституціоналізації – див. детальніше: [476].

водячи всеукраїнський референдум щодо внесення змін до Конституції, а також у 2012 році, завдяки ухваленню Закону «Про всеукраїнський референдум». Справдилися занепокоєння Венеційської комісії, яка свого часу пропонувала уникати можливостей змінювати Конституцію шляхом референдуму, оскільки цією начебто демократичною процедурою можуть легко зловживати в популістських цілях [493, с. 252].

Суперечність, що виникла між ч. 3 ст. 5 КУ і процедурою, визначеною у розділі XIII Конституції, пропонують вирішувати по-різному. Окремі вчені пропонують надати народу право вносити зміни до Конституції до всіх розділів. Так, О.А.Колодій, пропонує внести зміни до КУ, та ґрунтуючись на частині 2 та 3 ст. 5 КУ, передбачити, що право приймати та вносити зміни до Конституції України належить виключно Українському народові [570, с. 200]. Ідею затвердження всіх змін на референдумі бачимо і у В.В. Речицького (принаймні щодо «конституційного ладу») [690, с. 263].

Оцінюючи пропозиції задля виконання вимог ч. 3 ст. 5 Конституції надання народу права повноцінного внесення змін до Конституції України (без попереднього парламентського схвалення) до всіх її розділів, зауважимо таке. Існує достатньо багато критичних оцінок внесення змін безпосередньо на референдумі (головним чином, якщо йдеться про обхід парламентських процедур). Ці думки бачимо у Ю.Г.Барабаша [458, с. 58], А.А. Стрижака [754, с. 92-93]. Ідея із затвердженням змін до всіх розділів (із попереднім схваленням ВРУ) також видається недостатньо вдалою (ми в якості альтернативи пропонуємо механізм подвійного вотуму із пронесенням через вибори).

Позиція тих, хто наголошує на безпосередньому прийнятті будь-яких змін до конституції народом на референдумі на сьогоднішній день (без внесення змін до самої Конституції) не може бути втілена в життя через позицію КСУ. Ухвалення змін до Конституції на референдумі за народною ініціативою в обхід парламенту було двічі заперечно КСУ (рішення від 27 березня

2000 року № 3-рп/2000 і від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018). В цих рішеннях КСУ прямо заборонив вносити зміни на референдумі за народною ініціативою, оскільки це суперечить вимогам розділу XIII Конституції. Саме тому обов'язково має дотримуватися парламентський спосіб внесення змін.

Підтвердження цій думці знаходимо навіть під час прийняття самої Конституції. Народний депутат України О.М. Масенко в контексті запровадження ч. 3 ст. 5 Конституції ставив питання: «якщо ми приймемо Конституцію, чи можна буде потім змінити конституційний лад рішенням Народної Ради, чи ми повинні будемо виносити це на референдум?». М.Д. Сирота відповів так: «То однозначно – Народна Рада може приймати поправки до Конституції, оскільки народні депутати не узурпували місця в сесійному залі, а обрані законно».

Доктрина установчої влади використовувалася в тексті визнаного неконституційним Законом «Про всеукраїнський референдум» від 06.11.2012 № 5475-VI в контексті можливості ухвалення нової редакції Конституції на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою. Проте вона не допомогла стати відповідним положенням конституційними. У п. 20 мотивувальної частини рішення КСУ від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018 вказувалося: «... народ, маючи суверенну прерогативу щодо здійснення установчої влади, водночас перебуває у визначених Конституцією України межах щодо порядку її здійснення».

Тут важливою є думка, яку по суті вперше висловив КСУ, що внесення змін до Конституції України – це теж реалізація установчої влади. Проте концептуально КСУ все ж не розмежував первинну і похідну установчу владу, у нього залишився підхід, за яким що зміни до Конституції, що прийняття конституції – це здійснення просто установчої влади без уточнення якого саме її різновиду.

Згаданий Закон «Про всеукраїнський референдум» від 06.11.2012 № 5475-VI наділяв народ правом на референдумі, без участі Верховної Ради України, вносити зміни до Конституції, проте це положення було визнане таким, що суперечить XIII розділу Конституції України. На думку КСУ, «Будучи результатом здійснення установчої влади народу, Конституція України шляхом встановлення порядку внесення змін до неї визначає процедурні межі для здійснення влади і самим народом» (п. 21 мотивувальної частини рішення від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018). Законодавець по суті, на думку КСУ, неправомірно втрутився у повноваження ВРУ, обмеживши його конституційні повноважень щодо внесення змін до Конституції України, тобто обмеживши самого себе (п. 22). Відповідний закон свого часу був розкритикований і Венеційською комісією (висновок CDL-AD(2013)017 № 705/2012 від 17 червня 2013 року)

А от на думку В.Речицького ухвалення Закону «Про всеукраїнський референдум» 2012 р. наповнювало реальним змістом ст. 5 Конституції України про повновладдя українського народу [690, с. 204], причому як екстраординарний спосіб для «боротьби із захопленням народного повновладдя» [690, с. 199-200]. Звідки у вченого така впевненість у тому, що саме референдум буде використовуватися для опору заколоту (а заколотники при цьому його дозволять провести)? В.В. Речицький моделює ситуацію, коли відбудеться узурпація влади і потрібен буде референдум для відновлення конституції й наводить приклад: якщо ВРУ ухвалить порядок прийняття нової конституції без звернення до народу. І от саме референдум має якось цю ситуацію виправити. Проте виникає питання: чи поширюється аргументація вченого на якісь інші випадки, крім узурпації? Формально за цією логікою жодних перешкод не буде. Уявімо ситуацію, коли народ захоче внести зміни до конституції на всеукраїнському референдумі «просто так», без мотивів відновлення узурпованої влади. І ці зміни будуть суттєво обмежувати права людини. Чи не ідеа-

лізуємо ми тут референдум і безпосередню демократію? Як бути з можливими маніпулятивними стратегіями влади? Адже як відомо, саме на референдумах приймалися найнедемократичніші рішення [690, с. 200].

Як же тоді треба тлумачити ч. 3 ст. 5 в контексті виключності права народу на зміну конституційного ладу? Слабким місцем цього підходу є те, що чи може бути «виключним» те, що народ просто «затверджує»? По суті роль народу погодитися на зміни чи ні, які вніс парламент (за участю Президента чи без такої і з обов'язковим висновком КСУ). Чи така роль може бути описано словом «виключно»? Оскільки ми досить критично налаштовані щодо формулювання ч. 3 ст. 5, то показуємо всі її недоліки за будь-якого варіанту прочитання.

На думку А.А. Стрижака, правила процедури внесення змін до Конституції України, визначені її Розділом XIII, мають перевагу перед розділом III, зокрема положеннями статті 72, яка дозволяє народові України ініціювати процедуру конституційного перегляду [754, с. 65-66]. При цьому той же А.А. Стрижак пропонує і обстоює й інші ідеї: від використання всеукраїнського референдуму в якості консультативного (тобто розширення референдних можливостей в порівнянні з чиною конституцією) до створення Установчих зборів, які би не лише приймали, а вносили зміни до Конституції (тобто нівелювання референдуму як вимоги при внесенні змін до Конституції) [754, с. 69-70].

Існує й інший варіант тлумачення ч. 3 ст. 5. Намагання якось узгодити ч. 3 ст. 5 із XIII розділом супроводжується ідеєю про те, що на розвиток ч. 3 ст. 5 існує інститут референдуму, який передбачає затвердження змін лише до трьох розділів. На цьому будується і «вузька» концепція конституційного ладу, яку обстоював М.В. Цвік [610, с. 27-38; 790, с. 139]. В цьому руслі висловлюється і О.В. Щербанюк [811, с. 26].

Ю.Г. Барабаш пропонує вести мову про належність Українському народу права на зміну конституційного ладу лише в частині зміни його основ [453, с. 45, 159]. К.О. Павшук як найбільш прийнятний вважає варіант заміни у ч. 3 ст. 5 Конституції України словосполучення «визначати і змінювати конституційний лад» конструкцією «визначати і змінювати засади конституційного ладу» [657, с. 33]. В.Речицький в авторському проєкті Конституції України також пропонує зафіксувати положення, за яким право визначати й змінювати основи конституційного ладу в Україні належить виключно народу, воно не може бути узурповане державою, її органами чи окремими посадовими особами [689, 696].

Отже, як на нас, нинішня модель затвердження змін на референдумі лише до розділів I, III, XIII потребує виправлення самої ч. 3 ст. 5, а не коригування розділу XIII і зміни процедури внесення змін. Та скоріше за все, якое виправити ч. 3 ст. 5 Конституції саме таким чином є неможливим, незважаючи на всю привабливість пропозицій К. Павшук і В.В. Речицького. Більш плідною видається повна відмова від формулювання ч. 3 ст. 5, яку висловлює і обґрунтовує Ю.Г.Барабаш.

Якщо ж ми не в змозі на даному етапі відмовитися від «конституційного ладу» у ч. 3 ст. 5 і в цілому від відповідного формулювання, то все ж існує декілька варіантів тлумачення, які, як на нас, могли б би бути застосовані за умови збереження ч. 3 ст. 5 в тому чи іншому вигляді.

Перший із них стосується єдності конституційної матерії, багаторівневого дизайну як такого із акцентом на гарантуванні народного волевиявлення. Другий – розмежування зміни і визначення нового конституційного ладу. Третій – критерію для нової конституції (матеріальне обмеження установчої влади).

Почнемо із першого. Питання полягає в тому, що гарантію затвердження змін на референдумі потрібно забезпечувати реально. В Україні зафіксований

для цього формальний критерій – зміни до розділу I, III і XIII. Проте такий критерій, за відсутності матеріальних критеріїв, може породжувати зловживання. Справа в тому, що формально, оминаючи зміни до I, III і XIII розділів, може зачіпатися їх сутнісний зміст і таким чином, вимога про народне волевиявлення легко обходиться.

Отже, положення ч. 3 ст. 5 дає підстави для розгляду «референдної» проблеми. Мова йде про ситуацію, коли при внесенні змін можна спеціально обійти народне волевиявлення на референдумі, коли зміни хоч і формально вписуються в механізм внесення змін XIII розділу, проте сутнісно зачіпають «конституційний лад». Які це конкретні ситуації станом на зараз, які перебувають, так би мовити, у ситуації ризику? Ми вже аналізували це питання в контексті внесення змін до Конституції в 2004 році, відновлення тексту 1996 року рішенням КСУ від 30 вересня 2010 року, а також відновлення реформи 2004 року у 2014 році парламентом [465]. Схожу проблематику можна також розглянути в контексті внесення змін у 2019 році при внесенні до преамбули Конституції та інших розділів (ЗУ № 2680-VIII від 07.02.2019) [477]. До речі, згадана ідея запровадження народної конституційної ініціативи, яка на стадії проектів Конституції була врегульована у III розділі, сьогодні знайшла своє втілення в пропозиції зміни норми іншого розділу, присвяченого парламенту. Тим самим бачимо свідоме бажання обійти зміни саме до III розділу.

Зауважимо, що в даному разі розуміння конституційного ладу як матеріального концепту, що передбачає певну сукупність принципів, за якими його і слід визначати, доповнюючи таким чином формальні вимоги розділу XIII, і «захищаючи» від їх неправомірної зміни поза референдумом, не було сформульовано офіційною юриспруденцією КСУ. Та й в науці такий підхід не дістав поширення.

Відсутність різниці у визначенні і зміні конституційного ладу в процедурному плані і необхідність залучення народного волевиявлення фактично

дозволяє гарантувати від такої маніпуляції: все одно потрібно прийняти (затвердити) рішення народом. Якщо переглянути тлумачення чинної ч. 3 ст. 5 в тому ключі, що в будь-якому випадку, що нова конституція, що зміни (I, III, XIII розділи) потребують участі народу при зміні конституційного ладу (позиція М.Цвіка) і сформулювати концепцію конституційного ладу крізь призму положень цих розділів (або зробити прив'язку саме до засад, про вказували Ю.Барабаш, В.Речицький і К.Павшук), то якась логіка у ч. 3 ст. 5 все ж може бути.

Тобто власне йдеться про сутнісне розуміння змін. За умов зловживання нинішньою процедурою може виявитися, що формально поправка може не скасувати якусь норму із «референдних» розділів, проте по суті «позбавляти її сили», тобто негативно втручатися в її зміст. Це дуже важливий аспект. Наразі ж при попередньому конституційному контролі КСУ мало звертає на це увагу. Йдеться про потенційну можливість позбавлення сили положень I, III і XIII розділу змінами до інших розділів, тим самим підриваючи принцип обмеження влади, народного суверенітету і можливо правила «визначати і змінювати конституційний лад». Жодного разу за всю історію КСУ не робив таких сутнісних висновків, захищаючи положення трьох розділів від спотворення виключно парламентськими змінами і ігнорування народного волевиявлення у формі референдуму. Таким чином, можна було б аналізувати положення законопроектів не лише в аспекті обмеження прав людини, а й дотримання ч. 3 ст. 5 та й всієї процедури XIII розділу.

Варто зазначити і те, що до сих пір жодні зміни так і не торкнулися I, III і XIII розділів Конституції. Таким чином, всі зміни ухвалювалися парламентом без проведення всеукраїнського референдуму.

На наш погляд, КСУ міг би із чинної ч. 3 ст. 5 би вивести два принципи: 1) єдності конституційної матерії; 2) виключності народного волевиявлення,

якщо зачіпаються якісь принципи I, III і XIII розділів навіть без формальних змін до них.

Щодо єдності конституційної матерії, то шансів на висловлення цієї ідеї було багато. Ідеться про те, що логіка розташування певних норм не може порушуватися. Щодо народного волевиявлення, то маніпуляція із розташуванням норми або порушення нею якогось принципу (втручання в зміст принципу) з розділів I, III і XIII порушує засади народовладдя і здійснення установчої влади³¹.

Тут можна навести приклад Болгарії в якості ілюстрації імпліцитного попереднього контролю за законами про внесення змін до конституції. Нагадаємо, що Конституція Болгарії відносить право вносити зміни до Конституції до Народного зібрання (парламенту) за винятком випадків, коли такі зміни можуть вносити Великі народні збори (по суті – Установчі збори). Одним із таких питань, зміни щодо яких можуть вноситися виключно Великими народними зборами є «вирішення питань про зміну форми державного устрою і державного правління». КС Болгарії підійшов до тлумачення цього положення розширювально, вказавши, що йдеться не про зміну виключно п. 1 ст. 1 і ст. 2 Конституції, визначивши критерії, коли він вважає, що форма правління змінюється або ні (рішення № 3 від 10 квітня 2003 року по справі № 22/2002).

Схожій позиції дотримується литовський КС. На думку Д.Жалімас, відповідно до Конституції, оскільки положення розділів I (за винятком статті 1 Конституції) та XIV Конституції можуть бути змінені лише шляхом референдуму, жодних конституційних поправок до інших конституційних положень, які могли б заперечити цінності та принципи положень Розділів I (за винятком статті 1 Конституції) та XIV конституції не має бути прийнято, якщо до відповідних положень цих глав не внесено відповідних змін. Аналогі-

³¹ Ідея єдності конституційної матерії в якійсь мірі також пов'язана із ідеєю безпрогральності конституції ([478]), проте це питання потребує більш детального вивчення.

чно, як встановив КС Литви, повноцінне членство в Європейському Союзі є конституційною цінністю, і через те, що це членство ґрунтується лише на волі громадян Литви, висловленій на референдумі, конституційні підстави цього членства можуть бути змінені лише шляхом референдуму [442, р. 8-9].

Тобто йдеться про те, що всі норми перебувають в гармонії і якщо якісь зміни зачіпатимуть ті норми (без формальних змін), зміни яких мають бути здійснені на референдумі, то це буде порушенням. Важливо зрозуміти: не можна вносити зміни, які би стосувалися цінностей, змінити які можна лише шляхом затвердження народом.

Таким чином, українська конституція у формулі ч. 3 ст. 5 могла би також захищати «конституційний лад» у формі певних принципів (можливо навіть всі норми, що містяться у розділах I, III, XIII, щоб була кореляція з формальною процедурою зміни) від посягань на їх зміну парламентом без звернення до інституту референдуму (навіть якщо безпосередньо сам зміст цих розділів формально не змінювався б). Це могло би надати ч. 3 ст. 5 якогось змістовного значення і КС мав би обов'язково здійснювати таку перевірку при здійсненні попереднього контролю.

В Україні в цьому аспекті дискусійними стали зміни преамбули, які водночас, за одним із варіантів тлумачення, змінили (відкоригували) засади зовнішньої політики, визначені у ст. 18 розділу I. Отже, ці зміни, що відбулися у 2019 році щодо зовнішнього курсу в Україні, прямої народної легітимації не отримали. Тим самим відповідного особливого захисту вони, якщо сприймати логіку КС Литви, не мають і з формальної точки зору їх гіпотетично теж легше змінити (ніж в ситуації коли б вони потрапили до I розділу). Ми би не хотіли перебільшувати цей фактор, але недооцінювати механізми прямого народного волевиявлення при здійсненні інституційної установчої влади (якщо вони прямо прописані в конституції) ніколи не слід.

Так само пропозиції, які офіційно вносилися (і деякі навіть були прийняті) про обрання президента в парламенті, скасування депутатської недоторканності, зменшення кількості народних депутатів, цілком можливо, сутнісно впливали на положення, визначені в I, III і XIII розділах (принаймні така оцінка була би не зайвою з боку КСУ). Так само, можливо, можна стверджувати і про пропозицію щодо включення народної законодавчої ініціативи без прямих змін до III розділу. В якійсь мірі можна згадати і ідеї щодо кваліфікації зміни виду форми правління у 2004 році як посягання на певні положення, визначені у I, III і XIII розділах, тобто як такі, що вплинули на фундаментальні принципи, порушивши їх (ці ідеї висловлюються Б.Футеєм [788], В.Речицьким [690, с. 41] та іншими вченими).

Примітно, що КСУ певною мірою почав робити певні натяки на ст. 5 при здійсненні конституційного контролю. Так, в рішенні від 01.11.2022 № 2-р/2022, абз. 2 п. 2.4 мотивувальної частини рішення він вказав, що «відсутність судового контролю ... може мати наслідком...зміну конституційного ладу у спосіб, не передбачений Конституцією України». Тобто КСУ напряду вживає категорію конституційного ладу, але не пояснює що саме він має на увазі.

Другий аспект. Як справедливо запитує Ю.Г. Барабаш «чи може в певних випадках зміна конституційного ладу за своєю змістовністю перетворитись у встановлення конституційного ладу?» [453, с. 157; 458, с. 43].

Можна використати практику Австрії, де конституційні зміни можуть здійснюватися у формі зміни і перегляду, і саме перегляд має затверджуватися народом на референдумі. КС Австрії спробував ідентифікувати перегляд і зміну фундаментальних принципів конституції [394]. При цьому зміна можлива не лише формальна, а й така, що безпосередньо в саме формулювання принципу не втручається (тут звичайно, треба пам'ятати і про структуру конституції Австрії, яка складається з різних актів).

Тому положення ч. 3 ст. 5 КУ може мати значення як процедурний аспект прийняття нової конституції шляхом визначення конституційного ладу (одна процедура) і його зміна (інша процедура). І КСУ би в порядку попереднього контролю залишав певні випадки саме для визначення, а не зміни конституційного ладу, унеможлививши маніпуляції. Наприклад, це гіпотетична ситуація із викладенням конституції в новій редакції (формальний аспект) чи зміна якихось принципів чи системних речей, що могло би бути результатом лише повного перегляду (визначення конституційного ладу). Проблема в тому, що цю ідею складно реалізувати без зрозумілої процедури прийняття нової конституції.

І, нарешті, третій аспект. Ще один потенційний варіант тлумачення ч. 3 ст. 5 пропонує Ю.Г. Барабаш. Вчений зауважує, що якщо дотримуватися формальної логіки КСУ, то виходить, що ч. 3 ст. 5 Конституції фактично відтворює зміст ч. 1 ст. 156 Основного Закону, якою передбачається обов'язковість проведення референдуму при внесенні змін до розділів I, III, XIII Конституції України. На думу Ю.Г. Барабаша, формула про «неможливість у процесі реформування Конституції обмежити чи скасувати права» в системному тлумаченні з нормою ч. 3 ст. 5 Основного Закону означатиме недопустимість випадків виключення народу з механізму внесення змін до основних розділів навіть тоді, коли подібне реформування механізму конституційної ревізії пропонується на розсуд самого народу в порядку ст. 156 Конституції України [455, с. 78-79]. Трохи схожу, але більш пом'якшену думку висловлює з приводу ч. 3 ст. 5 Конституції України й Б. Футей: «Автори Конституції вбачали у безпосередньому виявленні волі народом настільки фундаментальне право громадян, що для його скасування або обмеження була передбачена необхідність їх чіткої згоди [787, с. 242].

Тим самим ч. 3 ст. 5 стає таким собі незмінюваним положенням, від якого не можна відмовитися при внесенні змін до Конституції. Тобто, вносячи

зміни до XIII розділу, його чинні вимоги щодо використання інструментів прямого народовладдя (ратифікаційного референдуму) мають бути збережені, як і саме текстуальне формулювання ч. 3 ст. 5. За цією логікою, до речі, якщо її розвивати, в майбутньому, іншу нашу пропозицію щодо повної відмови від ч. 3 ст. 5 КУ буде непросто здійснити. Та все це лише гіпотетичні міркування, які можуть стати реальністю лише внаслідок їх рецесії в офіційній позиції КСУ.

Питання виникають також щодо поняття узурпації, оскільки право визначати і змінювати конституційний лад «не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами» – ч. 3 ст. 5 Конституції України. А ч. 4 ст. 5 КУ вказує на те, що ніхто не може узурпувати саме державну владу. Якщо розуміти право визначати і змінювати конституційний лад в аспекті внесення змін і прийняття конституції, то прямої заборони на узурпацію народного суверенітету третіми особами (не державою, її органами чи посадовими особами) в цілому ми не побачимо. Адже слово «ніхто» фігурує лише щодо ч. 4 ст. 5, а не ч. 3 ст. 5 КУ.

Натомість в зарубіжних країнах традиційно заборона узурпації пов'язується із народовладдям в цілому, не виокремлюючи для цього якоесь особливе право «визначати і змінювати конституційний лад». Тобто, як на нас, йдеться про не зовсім вдале формулювання української конституції.

Так, у ч. 2 ст. 3 Конституції Французької Республіки 1958 р. (в контексті суверенітету нації, який належить народу) сказано: «Ані певна частина людей, ані будь-яка окремо взята людина не може присвоювати його собі, чи самостійно користуватися ним задля його здійснення» [615, с. 42]. Ч. 3 с. 1 Конституції Болгарії передбачає: «Жодна частина народу, політична партія або інша організація, державна установа або окрема особа не може присвоїти собі здійснення народного суверенітету» [585, с. 18]. Узурпацію народного

суверенітету і влади, що з неї випливає, забороняє ч. 3 ст. 120 Конституції Греції [587].

Ці норми мають глибокі історичні корені. Так, у Французькій Декларації прав людини і громадянина 1789 року проголошувалось, що «джерело суверенітету ґрунтується, власне кажучи, у нації. Жодна корпорація, жоден індивід не можуть мати у своєму розпорядженні владу, що не виходить явно із цього джерела» (ст. 3). Зв'язавши заборону узурпації виключно із правом змінювати і визначати конституційний лад (яке так до сих пір і не зрозуміло як правильно реалізовувати), ми суттєво обмежили гарантії проти узурпації народного суверенітету.

До речі, в проєкті Конституції були також норми лише норми про заборону узурпації державної влади (а не народовладдя) [744]. Ми ж пропонуємо переглянути відповідне формулювання ч. 3 і ч. 4 ст. 5 Конституції України і за усталеною європейською традицією заборонити узурпацію саме народного суверенітету.

Окрім розглянутого питання співвідношення ч. 3 ст. 5 Конституції України із її розділом XIII, а також питання узурпації, важливою є характеристика самої процедури внесення змін як такої, що відповідає (або не відповідає) ідеї установчої влади. Конституція України демонструє парламентський спосіб внесення змін для всіх положень, крім I, III і XIII розділу. При цьому до всього тексту, крім розділів I, III, XIII, застосовується механізм подвійного вотуму.

В цілому, у ряді країн звернення до інструментів прямого народовладдя або взагалі не вимагається, або вони можуть використовуватися як елемент багаторівневого конституційного дизайну (лише для окремих положень чи розділів) або ж як факультативні інструменти. Наскільки вітчизняна модель узгоджується із ідеєю установчою влади?

Дійсно, звучать критичні погляди на чинну модель. Ну думку І.Сліденка, практика та аналіз чинної Конституції засвідчує, що існуюча вторинна установча влада явно неадекватна вимогам органічного конституціоналізму та формі державного правління в Україні [793, с. 223]..

Хоч ми в цілому і не можемо визнати, що доктрина інституційної установчої влади в Україні в чинній моделі XIII розділу не втілена (відсутність затвердження народом змін всіх розділів компенсується ідеєю багаторівневого дизайну і затвердження змін на референдумі лише до ключових розділів), все ж не можемо не звернути уваги на недоліки. Так, вимоги подвійного вольту в цьому плані явно не достатні і потребують коригування і вдосконалення. Крім того, виникає багато питань при застосуванні нинішніх вимог на практиці.

Адже річ парадоксальна, – незважаючи на складність процедури, необхідність отримання висновку КСУ тощо, чинний парламент, наприклад, має повне право змінити Конституцію України в частині строку своїх повноважень, обсягу і місту повноважень і ці зміни набудуть чинності одразу і будуть поширюватися на цей же парламент. Це відбулося у 2011 році, коли ВРУ продовжила свої повноваження з чотирьох до п'яти років (питання про легітимність самого чотирирічного терміну ми зараз не розглядаємо). По суті представники влади (парламент, ПУ, КСУ), які безпосередньо залучені до процесу внесення змін, є так чи інакше зацікавленими суб'єктами, оскільки зміни Конституції, можуть стосуватися їх самих. І це є великим недоліком.

Слід звернути увагу на те, що розпуск парламенту є обов'язковою стадією внесення змін до Конституції у багатьох країнах (зокрема, у Нідерландах та Ісландії). Тому варто підтримати Ю.Г.Барабаша в тому, що така процедура проведення конституційної реформи є однією з найоптимальніших [453, с. 181] та має бути розглянута як перспективна для впровадження при реформуванні чинного Основного Закону. Як справедливо зазначає Н.А.Жук, т.з.

«подвійний вотум із пронесенням через вибори» є оптимальним, оскільки сприяє забезпеченню стабільності конституційного ладу та має ряд інших переваг [545, с. 197]. А от Ю.О. Волишин і О.М. Пересада пропонують затвердження змін до Конституції наступним складом парламенту [506, с. 193]. Відмінність від пропозиції Ю.Г. Барабаша тут в тому, що спеціально достроково повноваження чинного скликання не припиняються і цю ідею теж можна розглядати як альтернативну.

Досить яскраво проблематику здійснення інституційної установчої влади можна продемонструвати на прикладі подвійного вотуму і вимоги затвердження змін на «наступній черговій сесії» У Рішенні від 17 жовтня 2002 року № 17-рп/2002 КСУ вже зазначав, що питання про внесення змін до Конституції України має бути розглянуте і вирішене на двох чергових сесіях Верховної Ради України послідовно.

З іншого боку, у рішенні у від 15 березня 2016 року № 1-рп/2016 КСУ визнав наступною черговою сесією ВРУ чергову сесію парламенту, яка має відбутися відповідно до положень розділу_XIII "Внесення змін до Конституції України" КУ та Регламенту ВРУ і на якій законопроект про внесення змін до Конституції України, попередньо схвалений більшістю від конституційного складу ВРУ, вважатиметься прийнятим як закон, якщо за нього проголосує не менш як дві третини від конституційного складу ВРУ.

Як вказує С.В. Різник, рішення щодо наступної чергової сесії досі зберігає своєрідний статус «джерела підвищеної небезпеки» та може бути використано, практично, у будь-який момент [698, с. 324]. М.І. Козюбра також вказує на безліч логічних суперечностей та інших вад відповідного рішення КСУ [564, с. 399].

Відповідне рішення було викликане необхідністю схвалити законопроект про децентралізацію, поданий Президентом у 2015 році, що містив в собі згадку про особливий статус окремих районів Донецької і Луганської

областей. Це було частиною політичних (Мінських) домовленостей, а дві сесії послідовно «забезпечити» не вдавалося. Врешті-решт проєкт змін все одно не був ухвалений, і «допомога» КСУ із цього приводу не знадобилася. Це зайвий раз доводить небезпеку підкорення права політичній кон'юктурі.

А чи може попереднє схвалення відбутися на позачерговій сесії? Хоч позиція КСУ в рішенні від 17 жовтня 2002 року чітко вказувала про дві чергові сесії, які мають відбутися послідовно, 3 лютого 2003 року ВРУ зробила цікавий крок – змінила вже попередньо схвалений проєкт, внівши зміни до своєї попередньої постанови, яку виклала в новій редакції і де вказала: «попередньо схвалити і направити до Конституційного Суду України» (постанова від 3 лютого 2004 року №1403-IV). Це було зроблено на позачерговій сесії, спеціально скликаній вранці в той день, коли вже ввечері мала початися чергова сесія. Це була очевидна маніпуляція сесіями, щоб не втратити час і не чекати чергової сесії. На цю обставину звертав в своїй окремій думці до Висновку (справа про законопроєкт № 4105 з внесеними до нього поправками) від 16 березня 2004 року N 1-в/2004 суддя КСУ В.М. Шаповал [498].

Тобто ми маємо ситуацію, коли зміни можна внести як за дуже короткий час, так і «тягнути» їх роками (а то й десятиліттями) завдяки рішенню КСУ у справі про наступну чергову сесію від 15.03.2016 № 1-рп/2016. Обидві крайнощі, як на нас, є в цьому плані неприйнятними. Варто погодитися із П.Б.Євграфовим в тому, що попереднє схвалення законопроєкту про внесення змін до неї можливе лише в періоди чергових сесій Верховної Ради [540, с. 66].

У рішенні від 1 листопада 2022 року № 2-р/2022 КСУ пішов далі і визнав першу сесію нового скликання парламенту сесією, на якій можна попередньо схвалити законопроєкт про внесення змін до Конституції. Справа в тому, що в цій справі розглядався на предмет оцінки конституційності закон про внесення змін до Конституції про скасування недоторканності народних

депутатів, проєкт якого якраз і було схвалено на першій сесії ВРУ нового скликання. Через декілька днів почалася наступна чергова сесія і закон був остаточно ухвалений.

А от М.І. Козюбра вважає, що депутати ІХ скликання всупереч ч. 3 ст. 82 та частинам 1 і 2 ст. 83 Конституції України штучно «створили» дві чергові сесії, перша з яких 29 серпня 2019 р. тривала один день, а друга почалася буквально через два дні (3 вересня). Вчений наголошує, що «йдеться не просто про порушення конституційної процедури, що для українського парламенту вже стало звичним явищем, а про свідоме спотворення (вихолощування) сутності закладеного у ст. 155 Основного Закону України положення» [563, с. 91].

КСУ не міг не бачити очевидної маніпуляції і намагання пришвидшити процес ухвалення змін. Тому в цій справі КСУ зробив «конституційне застереження стосовно практики підготовки й ухвалення законів про внесення змін до Конституції України, які не мають належних ознак зваженості та послідовності, що іманентно мають бути властивими для ухвалення конституційних поправок». Але це «застереження» ні на що не вплинуло і просто було дружньою порадою парламенту на майбутнє. До речі, не зрозуміла природа такого «застереження», адже цей термін раніше КСУ використовував лише в процесі надання висновків щодо законопроєктів [468], а в частині абстрактного нормоконтролю а posteriori він звучить вперше. Як на нас, більше таке застереження схоже на зауваження з боку КСУ. Але зауваження (навіть закамфльоване під назву «застереження») – моральна категорія і, як на нас, її використання навряд чи підходить для офіційних рішень органу конституційного контролю без чітко зрозумілих наслідків.

Елементи юридичної визначеності в аспекті розумного розведення в часі між прийняттям і набранням чинності забезпечуються різними механізмами. Це можуть більш чіткі строки – спеціальні часові вимоги до розгляду проєк-

ту. Так, наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 143 Конституції Молдови парламент має право ухвалити закон про внесення змін до Конституції не раніше шести місяців після подання відповідної пропозиції [575]. Певні елементи стабільності (юридичної визначеності) забезпечуються також шляхом відтермінування набуття чинності змін. Так, відповідно до ч. 3 ст. 149 Конституція Литовської Республіки закон про зміну Конституції набуває чинності не раніше ніж через один місяць після його прийняття [597, с. 89]. Відповідно до ст. 167 Конституції Естонської Республіки закон про зміну Конституції опубліковується Президентом Республіки і вступає в силу в строк, встановлений самим законом, але не раніше трьох місяців після опублікування [588, с. 154]. І це не поодинокі приклади, таких положень можна наводити досить багато.

Отже саме тому слід замислитися над вдосконаленням подвійного вотуму або шляхом впровадження «пронесення через вибори», як його часто називають (цей термін вживає В.П.Колісник [568, с. 27], І.В. Процюк [681, с. 465] та багато інших вчених), або хоча б упорядкування процедури здійснення вже існуючого подвійного вотуму в аспекті забезпечення вимоги юридичної передбачуваності. Проте другий шлях виглядає ілюзорним з огляду на вже сформовану юриспруденцію КСУ, і навряд чи існують якісь реальні шанси на зміну і перегляд юридичних позицій КСУ із цього приводу.

Залишаються невизначеними й інші питання внесення змін, зокрема, механізму прийняття законопроекту щодо внесення змін одразу до I, III, XIII та деяких інших розділів. Як застосовувати одночасно дві процедури? Це питання розглядає В.Колісник, але не знаходить однозначної відповіді на нього [567, с. 63]. Застосування для таких цілей вимог процедури зміни I, III, XIII розділу, як іноді пропонується в такому випадку, видається неочевидним і досить дискусійним. Тобто український багаторівневий конституційний дизайн в цьому плані не є повністю продуманим. Існує багато інших процедурних питань, які можна було би вдосконалити, проте їх розгляд виходить за

межі нашого дослідження.

4.3. Незмінювані положення Конституції України

При розгляді обмежень установчої влади в Україні ми цілком спираємося на теорію відповідних обмежень, сформульовану нами в загальному вигляді в третьому розділі. Вони стосуються як оригінарної, так і інституційної установчої влади. Такими обмеженнями є незмінювані положення (процедурні і матеріальні), а також інші обмеження у вигляді ідеї надконституційності (норми міжнародного і природного права). Певною мірою до обмежень і водночас способів неформальних змін конституції (і джерел матеріальної конституції) ми також відносимо судове тлумачення і інші способи (детальний розгляд останніх не є нашим завданням).

Незмінювані положення експліцитно закріплені у ст. 157 і 158 Конституції України. Вони носять матеріальний і процедурний характер. Причому у випадку процедурної незмінюваності ми бачимо певні часові вимоги, тобто вона може бути пов'язана із певними проміжками часу.

Незмінювані матеріальні положення містяться сьогодні в ст. 157 Конституції України. Причому йдеться не про конкретні норми, а про принципи, на відповідність яким мають перевірятися зміни.

Разом з тим на етапі розробки проєкту висувалися й інші пропозиції. Так, ст. 257 проєкту конституції 1992 року [670] закріплювала більш широкий перелік цінностей, заборонених до зміни, а саме: «...проти національної незалежності і територіальної цілісності України, на зміну конституційного ладу, обмеження закріплених Конституцією форм власності, проти прав людини або приймаються в умовах надзвичайного стану» [679, с. 125, 180].

Як бачимо, містилися додаткові критерії, порівняно із формулюванням в чинній Конституції, – зміна конституційного ладу, обмеження закріплених Конституцією форм власності. Отже, передбачалося, що конституційний лад взагалі змінювати не можна (скоріше за все, це зроблено було із натяком на

німецьку ідею вільного демократичного ладу, елементи якого якраз і корелюються в Основному Законі ФРН із незмінюваними положеннями і формулою «вічності»).

Сьогодні час від часу висуваються пропозиції щодо розширення експліцитного переліку незмінюваних положень. Ю.О. Волошин і О.М. Пересада, як ми розуміємо, на додачу до чинної формули незмінюваності пропонують виділити в Конституції України конституційні положення, які не підлягають зміні ні за яких умов (наприклад, республіканське правління, форма територіального устрою тощо) [506, с. 192]. На думку Є.В. Черняк, треба заборонити конституційний перегляд самої ст. 157 КУ [793, с. 267].

Як бачимо, українська формула незмінюваності відображає саме принципи (критерії), яким зміни не мають суперечити. Таким чином, в Конституції України відмовилися від протилежного підходу – називати конкретні норми, які не полягають зміні. З іншого боку, в частині багаторівневого конституційного дизайну (Р.Діксон і Д.Ландау), використовується підхід щодо встановлення різних порядків для внесення змін до конкретних розділів. Українська конституція використовує і цю модель, на додачу до фіксації незмінюваних положень, розмежовуючи різні порядки внесення змін до I, III і XIII розділів і до всього іншого тексту Конституції.

Варто одразу наголосити, що експліцитно визначені в Конституції матеріальні незмінювані положення мають подвійне закріплення: як незмінювані положення і як окремі принципи, що вказуються у інших положеннях конституції. Саме тому при тлумаченні їх змісту і значення в якості незмінюваних цілком доречно звертати увагу на їх значення і роль в інших статтях конституції.

Права людини. Сьогодні українська формула незмінюваності передбачає заборону внести зміни, якщо вони передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина. Проте, якщо використати істори-

чне тлумачення, то побачимо, що на стадії проєктів містилося формулювання щодо заборони внесення змін «проти прав людини» (ст. 257 проєкту конституції 1992 року [670]) або що передбачають «скасування прав людини» (проєкт від 26 жовтня 1993 року [639, с. 220]).

Розширення формули незмінюваності за рахунок згадки про «обмеження прав» відбулося вже на більш пізній стадії. Та виникає закономірне питання: чи обґрунтованою є повна заборона на внесення змін щодо «обмеження прав»? Адже не всі права є абсолютними і в деяких випадках розширення підстав обмеження прав, уточнення чинних формулювань, присвячених таким обмеженням (а багато з них в чинній Конституції є недосконалими), навряд чи є правильним. Мабуть, заборона мала би стосуватися все ж таки лише ядра (сутності) права, тобто того, що вважалося би його фактичним скасуванням, крім того, ми могли би користуватися при оцінці правомірності внесення змін трискладовим тестом. Консервація чинних формулювань, внаслідок заборони обмеження прав, є доволі утопічною ідеєю. Власне практика пішла ще далі – шляхом доволі активістського тлумачення відповідної конструкції.

Як стверджує П.Б.Євграфов, наведені приписи статті 157 Конституції системно пов'язані з положеннями про те, що «права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними» (стаття 21), а також, що «При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод» (стаття 22) [540, с. 54].

Водночас якраз кореляція із цим конституційним положенням ч. 3 ст. 22 КУ при перевірці і оцінці потенційного обмеження прав, є досить спірним і дискусійним. Відповідне положення, з'явившись в конституційному тексті за ініціативи депутата І.Попеску, спричинило багато спірних питань при його застосуванні. Врешті-решт, КСУ цілком справедливо при його тлумаченні дійшов висновку, що (абзац 10 підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини рішення від 22 травня 2018 року № 5-р/2018) «положення частини тре-

тьої статті 22 Конституції України необхідно розуміти так, що при ухваленні нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих конституційних прав і свобод людини, якщо таке звуження призводить до порушення їх сутності».

При здійсненні попереднього конституційного контролю також виникає питання щодо врахування положення ст. 22 Конституції України про те, що права не є вичерпними. Чи має КСУ зважати якось на цю обставину або ні? Яке юридичне значення цієї норми, власне кажучи?

Щодо цього ЄВ. Черняк висловлює ряд міркувань аспекті використання міжнародних договорів [793, с. 212-216]. І.А. Тимченко, щоправда, зазначає, що не будь-яке розширення є допустимим. На його думку, законопроектами про внесення змін до Конституції може доповнюватися перелік прав, але за умови, що нові права і свободи не будуть скасовувати чи обмежувати існуючі, які гарантовані державою на конституційному рівні [613, с. 1086].

Проте найбільш спірним є питання про можливість оцінки як конституційних (і, відповідно, таких, щодо яких потрібно встановлювати їх обмеження) певних імпліцитних, прихованих прав, явно текстуально не виражених.

Варто погодитися із П.М. Рабиновичем в тому, що із наведеного припису ч. 1 ст. 22 Конституції можна зробити висновок про те, що низка прав і свобод людини може існувати й поза Конституцією України [613, с. 159]. Це справедлива теза. При цьому ми би додали, що в такому випадку має йтися саме про статус таких прихованих прав як конституційних, а факт підтвердження їх існування і відповідного статусу мав би робити КСУ в своїй юриспруденції. Також варта уваги теза П.Б.Євграфова, який вважає, що перевірка має стосуватися не тільки прав і свобод, закріплених Конституцією, але й інших, гарантованих законами України, міжнародно-правовими актами, оскільки згідно з частиною 1 статті 22 Конституції «права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними» [540, с. 69].

Тому, на наш погляд, КСУ при попередньому контролі наділений досить широкими можливостями захисту конституційних прав, у тому числі виведення і захисту імпліцитних (прямо не вказаних) у тексті КУ прав.

Територіальна цілісність. Територіальна цілісність часто визнається незмінюваним положенням. Так, наприклад, у ст. 148 Конституції Румунії, яка називається «Межі перегляду», серед іншого, передбачено, що територіальна цілісність не може бути предметом перегляду [607, с. 119-120]. Відповідно до ст. 288 Конституції Португалії закони про перегляд Конституції повинні поважати національну незалежність і єдність держави (пункт а) [598, с. 315].

Багато конституцій захищають один або кілька таких принципів: «національна єдність», «територіальна цілісність», «існування держави», «суверенітет» або «незалежність» [357, р. 33]. Я. Рознаї називає 29 таких конституцій, що діяли в різні часи і продовжують діяти, а саме: в Анголі, Азербайджані, Бурунді, Камеруні, Капе Верде, Чад, Кот-ді-Вуар, Куба, Джібуті, Екваторіальна Гвінея, Казахстан, Гватемала, Мадагаскар, Мавританія, Мексика, Молдова, Мозамбік, Непал, Португалія, Румунія, Руанда, Сан-Томе і Принсіпі, Сомалі, Таджикистан, Тимор-Лешті [356, р. 25]. С. Сюто вважає, що хоча обґрунтування наявності таких положень є складним, їх можна об'єднати під егідою захисту держави: територія, будучи невід'ємною частиною життя нації, її охорона стає співмірною з виживанням держави [398, р. 30].

В Україні, вочевидь, причини появи цієї норми були в тому, що для українського народу незалежність і територіальна цілісність має неабияку цінність і пов'язана із реальним виживанням. Будучи поглиненою багато десятиліть різними імперіями, Україна нарешті у 1991 році стала незалежною і її кордони були міжнародно визнані. Водночас внутрішні і зовнішні загрози посягання на незалежність і територіальну цілісність нікуди не зникли.

КСУ за всю історію жодного разу не встановив порушення територіальної цілісності у поданих до парламенту законопроектах щодо зміни КУ. Найбільш близькою до цього була ситуація з розглядом законопроекту щодо децентралізації влади (висновок від 30 липня 2015 року) [499]. Тоді пропонувалося розділ XV "Перехідні положення" Конституції України доповнити спеціальним пунктом 18 щодо окремих районів Донецької і Луганської області.

Ці зміни очевидно були спрямовані на виконання Мінських домовленостей, укладених у 2015 році. Із цього приводу 4 судді КСУ висловили свої окремі думки. Зокрема, суддя М.Мельник звернув увагу на можливе порушення запропонованими змінами саме територіальної цілісності [653]. Самі зміни, до речі, так і не були прийняті (це той самий багатостраждальний проект, розгляд якого співпав із проблемою тлумачення вимоги про дві чергові сесії).

Крім того, територія України в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою, – це сказано в ч. 3 ст. 2 Конституції України. Захист територіальної цілісності з боку КСУ проявився у 2014 році, коли він ухвалив два рішення: від 14 березня 2014 року № 2-рп/2014 [713] і від 20 березня 2014 року № 3-рп/2014 [712]. Обидва акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим, що були визнані неконституційними, порушували саме територіальну цілісність України.

Разом із тим до української формули незмінюваності (головним чином в частині територіальної цілісності) в наукових колах на Заході починаючи з 2014 року, тобто після окупації Криму, існувало неоднозначне ставлення. На думку Я. Рознаї, в Україні захист територіальної цілісності має подвійну загрозу: внутрішню, у формі сепаратистського руху, і зовнішню, у формі насильницької анексії території [356, р. 131]. Я. Рознаї і С. Сюто стверджують, що захист територіальної цілісності в якості фіксації незмінюваного положення є особливо неефективним типом застереження про вічність, оскільки він піддається як внутрішній загрозі відокремлення, так і зовнішньому ризику насиль-

ницької анексії [359, р. 542; 356, р. 131]. На їх думку, консервативна обіцянка незмінюваності територіальної цілісності серйозно стримується цією подвійною вразливістю, навіть за підтримки КС із далекосяжними повноваженнями судового контролю [359, р. 542]. Стверджується, що навряд чи можна уявити більш грубу демонстрацію безсилля територіальної цілісності як конституційного принципу і, можливо, права в цілому, ніж у цьому випадку [398, р. 30]. На думку К.Пілпідіса, яку він висловив саме в аспекті захисту територіальної цілісності, недотримання в цьому випадку положень про вічність викликає зневагу до всієї конституції [332, р. 72].

Наведену вище критику ми не можемо залишити без відповіді. Ми наголошуємо, що помилкою було би в умовах тимчасової окупації розглядати всерйоз кейс 2014 року як легітимне рішення про незалежність «народу Криму», як і пізніший кейс 2022 року з квазі «референдумами» в тимчасово окупованих Росією територіях Донецької, Луганської, Херсонської і Запорізької областей. Тобто ми не сприймаємо ідею появи в 2014 році і згодом у 2022 році нових суб'єктів установчої влади в межах окремих окупованих Росією територій і фіктивну реалізацію ними чи то первинної установчої влади, чи то проведення легітимної конституційної революції. В сухому залишку це все в реальності призвело до невизнаного Україною і ООН приєднання (анексії) відповідних територій Росією. Тому розглядувана Я. Рознаї і С. Сютю «напруга із народним суверенітетом» виглядає, м'яко кажучи, некоректною постановкою питання. Як бачимо, російська пропаганда «народного волевиявлення» змогла підкорити серйозних вчених-конституціоналістів. Показовим є також спецвипуск «German Law journal» за 2015 рік [187], присвячений невизнаній анексії Криму, в якому чи не в кожній статті аналізується «народне волевиявлення», організоване окупаційною владою. Автори переважно, якщо не намагаються виправдати окупацію і анексію, то пропонують із повагою ставитися до відповідного «народного волевиявлення».

Ми ж вважаємо, що у зв'язку з тимчасовою окупацією у громадян України виникло право на опір [469], а контроль Росією окупованих територій ми не визнаємо як легітимний чи правомірний. У 2014 році відбулася тимчасова окупація і згодом невизнана анексія території України іншою державою [548]. Так само квазі«референдуми» 2022 року про вступ до РФ на тимчасово окупованій частині території чотирьох областей України (Донецької, Луганської, Херсонської і Запорізької), які оголосила і організувала тимчасова окупаційна російська влада, теж призвели до невизнаної і неправомірної анексії. Саме тому, на наш погляд, зовнішня загроза українській «формулі вічності» не є достатньою підставою для відмови від самої формули або її зміни чи визнання неефективною. Рух на деокупацію території і є практичним втіленням цієї формули в реальному житті, захистом принципу легітимності від грубого «права сили» хоч який би важкий цей шлях не був [53].

Дослідження світових конституцій, яке здійснила Р. Вейлл, показало, що переважна більшість країн енергійно захищають територіальну цілісність, використовуючи найбільш нетрадиційну конституційну зброю для боротьби з сепаратизмом, а саме: заборону сепаратистським політичним партіям брати участь у виборах і положення про конституційну незмінюваність (що є також елементом войовничої демократії) [433, р. 40]. Отже, український досвід конституціоналізації і захисту територіальної цілісності як незмінюваного положення цілком вписується в загальносвітовий контекст [457]. У праці із Ю.Г. Барабашем ми доводимо, що ставлення до закликів навіть мирних змін непопорушних цінностей (передусім, територіальної цілісності) в українському варіанті особливо загострене [40; 457].

Зрозуміло, що потенційне порушення незмінюваного принципу є загрозою для конституції в цілому як з точки фактичної втрати контролю над частиною території, так і в частині поставлення під сумнів претензії на нормативність самої конституції (щодо дії на всій території). Проте важливо розумі-

ти, що посягання на принцип територіальної цілісності було здійснено в позаправовому полі із порушенням норм національного і міжнародного права, що значно впливає на юридичну оцінку і кваліфікацію відповідних процесів.

Боротьба України через напад РФ у 2022 році за територіальну цілісність якраз і стала результатом важливого значення відповідного принципу, закріпленого в Конституції. Тому український досвід однозначно має призвести до майбутніх переоцінок як в праві, так і в зарубіжній науці, надмірно широких правових меж, що дозволяють легковажне ставлення до принципу територіальної цілісності.

Заборона вносити зміни в умовах воєнного і надзвичайного стану .

Заборона вносити зміни в умовах воєнного стану має свою історію, яка має корені у негативному досвіді Третьої республіки у Франції, що пов'язаний із встановленням під час нацистської окупації у 1940 році режиму Віши. Відповідно до ст. 89 чинної Конституції Французької Республіки жодна процедура внесення змін не повинна розпочинатися та не продовжуватися у випадку, якщо цілісність державної території ставиться під загрозу [615, с. 63]. (інший варіант перекладу з оригіналу: «Жодна процедура перегляду не може бути розпочата або продовжена, коли цілісність території порушена» [401]). Схоже положення було вже у Конституції IV Республіки 1946 року (ст. 94): «У разі окупації всієї або частини території метрополії іноземними силами жодна процедура перегляду не може бути розпочата або продовжена» [109].

Ж.-П. Жакке зазначає, що відповідні положення Конституції Франції 1946 і 1958 рр. були введені для того, щоб уникнути повторення ситуації 1940 р., коли національна воля не могла бути виражена внаслідок окупації країни Німеччиною [248]. К.Гьозлер підтверджує: «Слід зазначити, що ця заборона була відповіддю на конституційний закон від 10 липня 1940 року, який був прийнятий, коли частина території була окупована німецькими військами». Вчений також звертає увагу на ряд дискусійних моментів,

пов'язаних із тлумаченням відповідних положень [199; 200]. Ця заборона привернула увагу Венеційської комісії (п. 219 Доповіді Венеційської комісії про конституційні зміни).

Українська норма також вже неодноразово коментувалася в науці і ці коментарі відрізняються від коментарів до її французького прототипу. Так, М.В. Савчин звертає увагу обмеження конституційних прав і свобод (ч. 2 ст. 64 Конституції) і «тому система конституційних правовідносин не дозволяє при таких обставинах забезпечити демократичні засади процедури внесення змін до Конституції України, що служить формальною правовою гарантією конституційного ладу» [718, с. 36].

На думку Б.В. Ковальчука, «прийняття таких змін без урахування думки громадськості, яка б відображала волю переважної більшості громадян і при цьому враховувала права меншості, які б представляли всі регіони України, що «в умовах військового стану» об'єктивно не можливо. Таке прийняття означатиме змінити текст Основного Закону виключно з мотивів політичної доцільності. Описані можливі дії уповноважених на це органів державної влади не лише не додадуть авторитету Конституції України, але й поставлять під сумнів її легітимний характер» [560, с. 161].

О.Д. Святоцький і М.О. Теплюк вважають, що ця заборона обумовлена «необхідністю максимального забезпечення правопорядку в умовах, що породжують нестабільність і напруженість у суспільстві і державі, а також складністю або навіть неможливістю забезпечити дотримання усіх передбачених Конституцією процедур, які необхідні для внесення таких змін» [613, с. 1081-1082].

О.Ю.Водянніков вважає, що це положення "є запобіжником проти конституційних змін в умовах «моральної паніки»" [504, с. 19]. Досить спірною є теза І.А. Тимченка про те, що «парламент може змінювати Конституцію України в умовах воєнного або надзвичайного стану, за винятком тих поло-

жень Основного Закону, які передбачені ст. 64 Конституції України» [613, с. 1087-1088].

Починаючи з 2015 року у всіх висновках КСУ щодо внесення змін до Конституції України ця проблема постає з особливою актуальністю через російське вторгнення. Проте в жодному висновку таке порушення ст. 157 в цій частині не було констатовано – КСУ пішов формальним шляхом, вказавши, що воєнний стан не введений. Водночас ряд суддів КСУ займали протилежну позицію. У окремій думці до висновку КСУ № 1-в/2016 суддя С. Шевчук пропонував виробити критерії допустимості внесення змін до Конституції України в умовах суспільної небезпеки. Із підходом С. Шевчука погоджується і О.І Водянніков [502].

Підтримуючи вчених у ідеї неформального підходу до відповідної заборони, на наш погляд, варто подивитися на це і під іншим кутом. Мова йде про розгляд «умов воєнного стану» саме з позицій тлумачення його поза формальним оголошенням. Цю ідею обстоює досить активно В.Речицький (що-правда, в контексті надзвичайного стану) [690, с. 321-322].

Варто все ж ще раз нагадати у зв'язку із якими причинами взагалі з'явилася норма про заборону внесення змін до Конституції в умовах воєнного стану. Під час Другої світової війни у Франції зміни до її конституції були ухвалені під час окупації гітлерівською Німеччиною. Саме для того, щоб існували формальні юридичні перешкоди до зміни конституції під впливом окупаційної влади і виникла аналогічна норма у Франції. Якщо ж воєнний стан центральна влада вирішила не оголошувати, хоч і відбулася окупація частини території, формальна заборона на внесення змін тут втрачає свій первинний сенс (принаймні в контексті історичного і порівняльного тлумачення). За цією логікою вічні «умови воєнного стану» мають тривати поки всі території не будуть деокуповані (підкреслимо, це все за умови відсутності оголошення воєнного стану). А якщо навіть після деокупації країна-агресор

буде загрожувати ракетними обстрілами і проводити їх зі своєї території? Тобто ця заборона, на нашу думку, має мати свої матеріальні критерії, про які зазначав суддя С.Шевчук. Проте їх вироблення – дуже складне доктринальне питання, інтерпретація повинна ґрунтуватися на розумному компромісі між формальними аспектами і змістовними (матеріальними). Ще раз наголошуємо, що поки що цього не зроблено і КСУ орієнтується виключно на формальне оголошення воєнного стану.

Сьогодні, до речі, у зв'язку із формальним введенням воєнного стану виникає питання про можливість виявлення конституційної ініціативи, направлення законопроекту до КСУ, надання висновків самим КСУ на відповідні законопроекти про внесення змін, проте без їх прийняття парламентом (що відкладається на майбутнє). Існують аргументи як щодо повної зупинки всіх процесів, так і більш обмежене тлумачення, коли забороняється лише прийняття змін (голосування за проєкт).

Із цього приводу варто згадати позицію Венеційської комісії, яку вона вказала у своєму *Amicus curiae* щодо процедури призначення на посаду та звільнення директора НАБУ та директора ДБР (Венеція, 10-11 березня 2023 року) [22] (п. 70-71), яка вважає, що «...Конституція забороняє лише остаточне ухвалення конституційних змін, а не підготовчі чи проміжні кроки в цьому процесі (такі як отримання висновку КСУ)». Таким чином, викликає подив чому КСУ так і не наважився до сих пір, за більше ніж три роки (або хоча б після появи *Amicus curiae* Венеційської комісії), надати висновок на відповідний законопроект щодо внесення змін до Конституції в частині призначення директорів НАБУ і ДБР (якого і стосувався вищезгаданий висновок *Amicus curiae* Венеційської комісії).

Ще один дискусійний проблемний момент – чи діє відповідна заборона, якщо воєнний (або надзвичайний) стан запроваджений лише в окремих місцевостях. М.В. Савчин досить обґрунтовано із цього приводу пропонує під-

ходити до такої ситуації з позицій того, «наскільки запроваджені обмеження впливають на ступінь демократичної репрезентативності та легітимації відповідного законопроекту, оцінку чому має надати саме Конституційний Суд» [719, с. 83].

Заборона розглядати неприйнятій законопроект протягом року. Відповідна заборона має свої зарубіжні аналоги. Відповідно до ч. 4 ст. 148 Конституції Литви неприйнята конституційна поправка може бути внесена на новий розгляд Сейму не раніше, ніж через рік (ч. 3 ст. 148) [597, с. 88]. Відповідно до ст. 168 Конституції Естонської Республіки питання про зміну Конституції з того самого питання не може бути порушено протягом року з дня відхилення відповідного законопроекту на референдумі або Державними Зборами [588, с. 154]. Відповідно до ч. 5 ст. 155 Конституції Чорногорії якщо пропозицію про зміну Конституції не було прийнято, та ж пропозиція не може бути повторно внесена до спливу одного року з дня відхилення пропозиції [617, с. 321]. При цьому треба розуміти специфіку – Конституція Чорногорії розмежовує пропозицію і сам проект змін і доповнень. Тобто тут йдеться про сутнісний зміст, а не про конкретний текст.

Якщо ж взяти конституційну історію, то викликає подив трансформація чинного тексту ст. 158 порівняно із проектним періодом. Порівняймо нинішнє формулювання з тим, що було у різних редакціях проекту Конституції: «Законопроект про зміни до Конституції з питання, яке розглядалось Національними зборами і закон не був прийнятий, може бути внесений не раніше ніж через рік з дня прийняття рішення щодо попереднього законопроекту» [666]; «Законопроект про зміни до Конституції України, який розглядався Народною Радою України і закон не був прийнятий, може бути внесений на розгляд Народної Ради не пізніше ніж через рік з дня прийняття рішення щодо цього законопроекту» [680, с. 202].

Отже, як бачимо, спочатку йшлося про «законопроект ... з питання», згодом – просто про «законопроект». Очевидно, що «питання», дійсно є досить невизначеною річчю: що саме є «питанням»? Тут важливе тлумачення. Проте прив'язка відповідного положення Конституції виключно до «законопроекту» – це інша крайність, що перетворює відповідне положення на «мертве», оскільки воно вводить зайвий формалізм. Не будучи «цим законопроектом», заборона не діє, навіть якщо по суті він такий самий за змістом і стосується відповідного питання, або просто незначно відрізняється від нього або відмінності є формальними. Практика ж 2003 і 2004 років пішла формальним шляхом, по суті, нівелювавши відповідну заборону.

Заборона протягом строку повноважень парламенту двічі змінювати одні й ті самі положення Конституції України. В даному випадку, як зазначає П.Б.Євграфов, термін «положення», що застосовується в частині першої цієї статті, означає конкретний припис стосовно врегулювання чи визначення на рівні Конституції того чи іншого питання [540, с. 73]. Порівнюючи із попереднім пунктом, вказівка на «положення» виглядає значно краще, ніж на абстрактний «законопроект» з точки зору правової визначеності.

С.В. Різник справедливо зазначає, що цей припис стимулює утримуватися від тих змін, що видаються необов'язковими і нетерміновими, або ж зумовленими другорядними мотивами лексико-граматичної корекції тощо [698. С. 321]. До речі, із самого початку виникло питання: чи може змінювати Конституцію той самий склад парламенту, який її і прийняв? На це питання КСУ відповів ствердно (Рішення КСУ від 9 червня 1999 року № 8-рп у справі щодо внесення змін до Конституції України).

Вимога щодо повторного подання законопроекту про внесення змін до розділів I, III і XIII Конституції з одного й того самого питання лише до Верховної Ради України наступного скликання. Знову ж-таки, що стосується формулювання «з одного й того самого питання», то воно не є прик-

ладом чіткості і правової визначеності, проте його позитивом є те, що в ньому здійснюється апеляція до матеріального змісту, а не формальної ознаки. На цю проблему звертає увагу П.Б. Євграфов [540, с. 74].

Як ми вже продемонстрували у третьому розділі, найяскравіше проблематика незмінюваних положень розкривається при характеристиці судового контролю за законами про внесення змін до Конституції. Не винятком є в цьому плані і Україна, тому логічно перейти далі до розгляду практики КСУ із цього питання.

4.4. Судовий контроль за законами про внесення змін до Конституції України

Конституційний контроль за реалізацією установчої влади наразі в Україні існує в формі попереднього і наступного контролю за внесенням змін до Конституції України. Щодо наступного, то він прямо не врегульований, проте КСУ визнав за собою право його здійснювати, причому як з точки зору формального (дотримання процедури внесення змін), так і матеріального контролю (Рішення КСУ від 1 листопада 2022 року № 2-р/2022). Попередній контроль передбачає надання відповідного висновку на відповідність змін статтям 157-158 Конституції України. Вимоги цих статей ми вже проаналізували у попередньому підрозділі. Їх можна назвати незмінюваними положеннями Конституції або формулами вічності, і такі положення мають як матеріальний, так і процедурний характер, тобто КСУ здійснює, відповідно попередній процедурний і матеріальний контроль за законопроектами про внесення змін до Конституції.

Найбільшого розвитку в практиці здійснення такого контролю набули використання положення ст. 157 Конституції України, яка забороняє вносити зміни, які обмежують або скасовують права людини. Інші незмінювані положення жодного разу не були використані КСУ для обґрунтування невідпо-

відності їм поданого законопроекту. Проте в ряді випадків такого роду сумніви виникали, зокрема вони знаходили своє відображення в окремих думках суддів КСУ, а також у працях науковців. У цьому підрозділі ми спробуємо проаналізувати відповідну практику КСУ щодо попереднього (предувально-го) контролю за законопроектами про внесення змін до Конституції України, а також практику щодо наступного (подальшого) контролю.

Одразу варто визначитися із причинами, які спонукали конституцієдавця обрати відповідну модель перевірки законопроекту про внесення змін до Конституції України з боку КСУ. Адже майже із самого початку конституційного нормопроекткування закладалася ідея надання КСУ попереднього конституційного контролю за внесенням змін до Конституції України.

Як пише О.І. Ющик, на стадії проєктів конституції ідея висновків КСУ виросла з відповідної вимоги стосовно «органічних» законів [814, с. 253]. Надалі ідея про наявність висновку КСУ була поширена також на конституційні закони [814, с. 499]. Відповідно до ч. 2 ст. 258 проєкту, винесеного на всенародне обговорення в редакції від 1 липня 1992 року, «Конституційні закони можуть бути прийняті, змінені чи доповнені при наявності висновку КСУ про конституційність проєктів цих законів, змін чи доповнень до них [679, с. 180].

Самі ж «органічні» закони, щодо яких такий висновок попередньо і вимагався, в проєкті зникли, як і необхідність надання щодо них висновку КСУ. Тому попередній контроль законопроєктів про внесення змін до Конституції не будувався одразу безпосередньо на відповідних моделях інших країн, які ми вже аналізували у третьому розділі, де відповідні прототипи і були передбачені, а мав власну, незалежну від них генезу.

Венеційська комісія у висновку щодо тексту Конституції України CDL-INF(1997)002-е від 7 - 8 березня 1997 р. зазначала, що схвалюючи спробу гарантувати у Конституції забезпечення прав людини шляхом заборони скасу-

вання їх законом (стаття 157), це, а також деякі інші положення (зокрема стосовно заборони внесення змін до Конституції, спрямованих на ліквідацію незалежності України або порушення її територіальної цілісності) залишають Конституційному Судові велике поле для тлумачення [89].

Тому виникає проблема політизації конституційного судочинства. На це звертають увагу М.В. Савчин [718, с. 124], В.М. Шаповал [805, с. 117] та багато інших дослідників. Сам по собі, до речі, попередній контроль за своєю суттю, як вказує І. Сліденко, є політичним, оскільки інстальований у процедуру прийняття закону з формальної сторони [733, с. 141]. З іншого боку, в літературі намагаються підкреслити протилежну тезу – така діяльність політичною не є [613, с. 1085]. Насправді, тут ми маємо і певний конфлікт в тлумаченні самої політичної діяльності, і в інтерпретації співвідношення норми і факту (як є і як повинно бути). В будь-якому разі навіть сумлінна діяльність без якихось порушень і тиску в цілому може мати ознаки політичної. Багато в чому також залежить від стратегій активізму і самообмеження. Попередній контроль в даному випадку має всі недоліки будь-якого попереднього контролю, зокрема, ризик політизації. При цьому не варто і нівелювати позитивні риси, які він може мати.

Як зазначає М.В. Савчин, «при розгляді цих категорій справ орган конституційної юстиції є складовою механізмом установчої влади поряд з такими суб'єктами як народ України, парламент, глава держави» [718, с. 181], а також КСУ шляхом здійснення цього повноваження є складовою частиною вторинної установчої влади і забезпечує легітимність установчого конституційного процесу [723, с. 318]. Цю ж думку бачимо і у А.Стрижака [754, с. 47-48].

Водночас постають такі питання: як має бути досягнутий консенсус із Конституційним Судом? Чи його участь сприяє легітимності змін до Конституції? Крім того, є й інше питання – чи є КСУ в цьому разі повноцінним

суб'єктом установчої влади нарівні з парламентом, Президентом (за умови його ініціативи при внесенні законопроекту) або народом (у випадку затвердження законопроекту всеукраїнським референдумом).

З одного боку, на думку А.О. Селіванова, КСУ не повинен брати участь у процесі розробки змін до чинної Конституції України [613, с. 1031]. Завдяки наданню права попереднього конституційного контролю така участь фактично відбувається, хоч і опосередковано, у випадку визнання невідповідності змін ст. 157 або 158 Конституції, а також в формі т.з. «застережень» КСУ. З іншого боку, в рамках поставлених нами питань, які однозначно потребують окремого дослідження, зазначимо лише, що захист незмінюваних принципів в рамках такого попереднього контролю є дійсно легітимним проявом функцій і завдань конституційної юстиції і серйозні аргументи на користь попереднього контролю, які наводить М.В. Савчин, варті уваги [719, с. 82-83].

На думку І.Д.Сліденка, основна причина запровадження такого контролю – забезпечення органічної єдності конституції (відсутності суперечностей) та відповідність змін базовим критеріям (принципам) [733, с. 322-323].

Механізм звернення до КСУ щодо надання висновку про відповідність проекту внесення змін до Конституції ст. 157 і 158 не є ідеальним і має свої недоліки. Справа в тому, що таке звернення, незважаючи на наявність самого законопроекту, тобто офіційної ініціативи про внесення змін до Конституції, може не бути направлене до КСУ, що призведе до блокування всього процесу внесення змін. Крім того, КСУ у рішенні від 9 червня 1998 року КСУ пояснив, що висновок має бути вже перед розглядом у парламенті. Але все одно виходило, що попередньо парламент мав би звернутися до КСУ щодо надання висновку. Тим самим КСУ фактично зробив парламент «господарем» законопроекту про внесення змін, забравши його у автора – суб'єкта конституційної ініціативи. ВРУ приймає рішення про направлення проект КСУ і може

(це прямо дозволив КСУ) вносити поправки до проєкту (які потім потрібно знову направити на розгляд до КСУ). КСУ був явно в полоні ставлення до законопроєкту про внесення змін до конституції як до звичайного законопроєкту в процедурному плані. Адже нічого дивного немає, коли парламент вносить поправки до проєкту звичайного закону. Але чи має він на це право щодо проєктів щодо внесення змін до Конституції? Чи має право враховувати поправки органи ВРУ (комітети або тимчасові спеціальні комісії – в разі створення їх для роботи над проєктами)? І взагалі як ці поправки мають з'являтися? Чи достатньо ініціативи одного народного депутата? Із початкового вирішення цього фундаментального питання з боку КСУ випливають, на наш погляд, ті проблеми, які потім виникли при конституційному реформуванні, головним чином, починаючи з 2003-2004 років.

Стосовно законопроєктів, які направлялися Верховною Радою України для надання висновку Конституційному Суду України, то за всі роки надано вже декілька десятків висновків на законопроєкти про внесення змін до Конституції України щодо відповідності її статтям 157-158. У деяких висновках констатовалася невідповідність відповідним вимогам, що унеможливило їх ухвалення в первинній редакції, частина висновків містила т.з. «застереження». Ми детально аналізували таку практику КСУ [468; 475].

Що стосується попереднього нормоконтролю змін до Конституції, то за підрахунками А.А. Івановської, в період з 1999 по 2019 рр. КСУ виніс 41 [556, с. 420]. Протягом 2019 КСУ надав висновки на дев'ять законопроєктів (два з них – щодо перейменування областей, сім – внесені новообраним Президентом у 2019 році). Ще один висновок щодо законопроєкту щодо призначення директора НАБУ і ДБР КСУ так і не спромігся до сих пір надати.

Причому всі висновки стосувалися законопроєктів щодо внесення змін до тексту Конституції, в яких не пропонувалося прямих змін до Розділів I, III, XIII. Єдина спроба (одразу скажемо – невдала), яку вдалося віднайти, – це

пропозиція щодо внесення змін до ст. 10 розділу I, яку було подано разом з іншими пропозиціями. КСУ в ухвалі про відмову у відкритті конституційного провадження вказав на недостатню кількість народних депутатів для подання відповідного законопроекту [731, с. 255-256].

Зауважимо, що у проміжку між 2015 і 2019 роками взагалі не надав жодного негативного (хоча б частково) висновку на законопроект про внесення змін до Конституції України, обмежуючись час від часу тим, що він сам називає «застереженнями». Ця недовга перерва у наданні негативних висновків почалася з 16 липня 2015 року, коли КСУ зробив висновок про неможливість бути предметом регулювання законопроекту про внесення змін до Конституції України окремих положень його розділу «Прикінцеві положення» через порушення принципу верховенства права). У 2019 році кількість негативних або частково негативних висновків (тобто коли КСУ виступає проти частини змін із законопроекту) збільшилися, як власне збільшилася і кількість самих проектів, що направлені на надання висновку КСУ. Це було пов'язано із вступом на пост новообраного Президента, який був ініціатором семи законопроектів.

П.Б.Євграфов формулює серйозну претензію до КСУ. На його думку, викликає сумнів не лише доцільність чи навіть необхідність попереднього конституційного контролю щодо законопроектів про внесення змін до Конституції [540, с. 56-57]. Крім того, вчений занепокоєний тим, що КСУ обґрунтовує лише ті положення, які передбачають обмеження чи скасування прав і свобод людини і громадянина або можуть призвести до їх порушення [540, с. 70]. І це дійсно правда, його практика поки що залишається зосередженою лише на питаннях прав (і іноді – інших критеріїв, які прямо у ст. 157-158 не фігурують). А от Є.Євграфова взагалі пропонує «вилучити повноваження щодо надання висновку на законопроект про внесення змін до Конституції України» [541, с. 128].

Варто підтримати ідею П.Б. Євграфова щодо необхідності більш детального обґрунтування висновків, навіть при визнанні проєкту таким, що відповідає статтям 157-158. Особливо це стосується очевидно спірних пропозицій, де обґрунтування вкрай потрібне. Звернемо увагу також на проблему захоплення схвальним обґрунтуванням там, де конституцієдавець має певну свободу розсуду, що може призвести до незручної ситуації, коли КСУ сильно «розхвалить» запропоновані зміни, а потім в іншому проєкті буде запропоноване щось прямо протилежне (як, наприклад, сталося із адвокатською монополією). Тобто КСУ не має робити ставку лише на одну пропозицію, яка пропонується суб'єктом конституційної ініціативи і не повинен пояснювати її позитивні сторони, натомість зосередитися на відсутності негативних (із врахуванням можливості надання конформного тлумачення, яке час від часу використовує ФКС Німеччини при розгляді змін до Конституції *a posteriori*, саме в такому ключі позиції КСУ все ж можуть бути корисними).

Повернемося ж до проблематики прав. Як зазначає В.М. Шаповал, практика складається таким чином, що КСУ широко тлумачить вжитий в частині першій ст. 157 Конституції України критерій щодо обмеження прав і свобод і при наданні відповідних висновків, нерідко замість констатації і конкретизації обмежень формулює припущення про можливість обмеження пропонованими змінами прав і свобод [798, с. 78].

Крім того О.М. Мироненко зазначав, що КСУ перевищував свої повноваження з використанням гіпотетичних міркувань про можливість у майбутньому при виникненні якихось штучно надуманих ситуацій обмеження прав і свобод людини і громадянина, або посилаючись на невідповідність пропонованих змін іншим, окрім 157 і 158, статтям Конституції [643, с. 509].

Більше того, як справедливо зазначає О.М.Мироненко ревізія з боку КСУ пропонованих змін здійснювалася не лише на відповідність ст.ст. 157 і 158 Основного Закону, а й фактично щодо інших його приписів [643, с. 491].

Дійсно, можна з упевненістю констатувати, що практика скасування прав у змінах до Конституції України (або хоча б відповідна спроба) відсутня, натомість КСУ неодноразово звертав увагу у своїх висновках на обмеження прав людини. Отже, у висновках КСУ ніколи не йшлося про скасування прав, ліквідацію цілісності чи незалежності. Саме крізь призму обмежень прав людини КСУ зазвичай встановлює суперечність запропонованих змін ст. 157 Конституції України.

По суті, судячи з аналізу практики [475], у висновках КСУ часто йшлося про повноваження і статус органів державної влади і досить опосередковані обмеження прав людини. Причому КСУ часто використовує конструкцію «можуть призвести до обмеження прав», «опосередковано може призвести до обмеження права», а не констатує факт скасування або обмеження прав пропонуваними змінами. Тобто КСУ робить припущення про можливість обмеження, що юридично дорівнює самому обмеженню і робить висновок про порушення ч. 1 статті 157. Іноді – за наявності схожої аргументації («може призвести до ... обмеження конституційних прав громадян») КСУ просто констатує це як своє занепокоєння (іноді прямо називаючи це «застереженням») в мотивувальній частині рішення і робить протилежний висновок – зміни відповідають статтям 157 і 158. Все залежить від того, чи схиляються судді до судового активізму, чи до самообмеження, не кажучи про глибинні причини різного підходу до висновків. Проте найяскравіший приклад суддівського активізму – закриття провадження у випадку «неузгодженості» змін, а також через їх «блокування» через суперечність іншим статтям Конституції України (наприклад, принципу верховенства права, висновок від 16 червня 2015 року № 1-в/2015). Таким чином, формується певна доктрина імпліцитних критеріїв незмінюваності, хоч і це робиться вкрай хаотично. Загалом, судячи із практики контролю можемо яскраво бачити як позитивні, так і негативні моменти.

Спiрних проєктiв, якi КСУ «пропускав» було досить багато (наприклад, право обирати Президента в парламентi, скасування депутатської недоторканостi тощо). Та, навпаки, – в деяких випадках КСУ знаходив порушення прав людини у досить екзотичних випадках (наприклад, висновок щодо уповноважених Верховної Ради України вiд 20 листопада 2019 року № 6-в/2019 [500], висновок вiд 24 грудня 2019 року № 9-в/2019 (щодо додаткових пiдстав дострокового припинення повноважень народного депутата України) (реєстр. № 1027) [501]).

В останньому випадку на захист КСУ можна вказати про iдею «ефекту додавання змiн». Крім того, фактор подання законопроєктiв «по одному» не дозволяє побачити їх загальний ефект, який може наступити в планi єдностi конституцiйної матерiї, а також узгодженостi з точки зору подiлу влади, принципу верховенства права тощо. Та в цьому випадку такi аргументи, як на нас, мали би прямо бути висловленi самим КСУ, а не «матися на увазi» приховано.

Що ж стосується повного скасування вiдповiдного повноваження щодо попереднього розгляду змiн, то дійсно, КСУ може обмежити демократичне обговорення, надаючи негативнi висновки, на що звертає Венецiйська комiсія. Тут спрацьовує i фактор полiтизацiї, на який часто звертають увагу, i непослiдовностi юридичних позицiй (офiцiйної конституцiйної доктрини/юриспруденцiї КСУ). Водночас ми би не дивилися виключно iз критичних позицiй i все ж в цiлому на шальцi терезiв оцiнили контроль з боку КСУ як корисний i такий, що допомагає iдеї обмеження влади.

Погодимось все же в цiлому (хоч iз застереженнями) iз В.Д.Бринцевим в тому, що змiни до Конституцiї України за наявностi висновку КСУ про їх вiдповiднiсть статтям 157, 158 КУ є необхідною умовою забезпечення легiтимностi внесених змiн та однiєю з гарантiй його стабiльностi [485, с. 218-219].

Окрему увагу заслуговують т.з. застереження КСУ. Ми обґрунтовано доводимо тезу щодо недоцільності продовження практики висловлення «застережень» у висновках КСУ щодо перевірки законопроекту щодо внесення змін до Конституції України на відповідність положенням ст. 157 і 158 Конституції України, а також необхідності у зв'язку із цим змін до Регламенту Верховної Ради України [468]. Історично висловлення різного роду думок рекомендаційного характеру у мотивувальній частині висновку щодо відповідності законопроекту статтям 157-158 Конституції – винахід самого КСУ, який він почав застосовувати з 2000 року, саме такі думки згодом набули статусу «застережень» в його рішеннях, який він активно застосовував в останніх висновках (від 13 листопада 2019 року N 5-в/2019, від 16 грудня 2019 року № 8-в/2019). На наш погляд, варто внести зміни до Регламенту ВРУ і врегулювати це питання більш чітко, оскільки нинішній термін «застереження Конституційного Суду України» сприймається неоднозначно. Схожі пропозиції, до речі, вже висловлювалися. Так, з цього приводу, у ВРУ було зареєстровано законопроект № 2472 про внесення змін до Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» (щодо приведення у відповідність до Конституції України). Мова якраз і йде про вилучення положень про «застереження» із Регламенту Верховної Ради України. Вважаємо, що КСУ – це не експерт, який залучається як дорадчий орган, а суб'єкт, юридичні позиція якого повинні мати обов'язковий характер і саме тому невизначеність у статусі і наслідках застережень має бути ліквідована.

Загалом, в контексті попереднього контролю не варто забувати і тезу В.Садурського. Переваги попереднього контролю реалізуються, лише якщо він є єдиною формою контролю в даній системі; якщо ж він доповнюється наступним контролем, будь-яка визначеність невпинно і безнадійно руйнується [364].

Отже, перейдемо до наступного (або в термінології КСУ – подальшого) контролю. Практика його здійснення нараховує всього два випадки (2010 і 2022 рр.), а також один відмовний випадок (ухвала 2008 року). Розглянемо ці справи. Вперше позиція КСУ з приводу реформи 2004 року прозвучала у 2008 році. КСУ відмовив у відкритті провадження по справі своєю ухвалою від 05.02.2008 року [780]. Разом з тим підставою відмови стало не неналежність предмету подання до повноважень КСУ, а невідповідність конституційного подання вимогам, передбаченим Конституцією України, Законом України "Про Конституційний Суд України". На думку КСУ, «У конституційному поданні неправильно вказано повне найменування, номер і дату прийняття правового акта, положення якого оспорується...». Як потрібно було виконати цю вимогу суб'єкту конституційного подання? Зазначити номер самої Конституції України? Якби це було зроблено, то питань би у КСУ не виникло і провадження би було відкрито?

Ідея про втрату регулятивної ролі законом про внесення змін і входження його норм в тіло Конституції, яку можна зчитати з ухвали КСУ, стала досить популярною. Так, наприклад, В.М. Шаповал вказує, що за загальним правилом, після набрання змінами чинності акти про внесення змін до конституції втрачають регулятивну самостійність та актуальність за правовою формою і стають змістовно інтегрованою частиною тексту основного закону [676, с. 310].

Скажемо ще декілька слів про позицію, наведену в ухвалі 5 лютого 2008 р.. До цієї ухвали було висловлена окрема судді І.Домбровського, який вважав її помилковою. Як згадує О.М.Мироненко, «подання виявилось далеким від юридичної досконалості, ... а більшість суддів перебували ще в полоні позитивістського право розуміння» [643, с. 823]. А.А. Стрижак, не висловивши окремої думки, згодом звертав увагу на те, що суб'єкт права на

конституційне подання у разі усунення невідповідностей мав право на повторне звернення із цього самого питання [513].

Ми би так і залишилися в цьому пункті історії, якби після цієї ухвали не отримали два інші рішення про потенційну можливість наступного контролю (рішення 2008 року) і реальний приклад його здійснення (рішення 2010 року).

Позиція КСУ від 05.02.2008, а також окремий закон, що забороняв КСУ розглядати закони про внесення змін до Конституції (від 4.08.2008 № 79-V), довго не протрималися. Вже в іншому рішенні від 26.06.2008 року № 13-рп/2008 КСУ дійшов висновку, за яким він уповноважений здійснювати наступний конституційний контроль і щодо закону про внесення змін до Конституції України після набрання ним чинності. Саме тут і була закладена вперше принципова суперечність між позиціями КСУ (якщо порівнювати з ухвалою 2008 року). Проте якщо згадати його інші позиції, зокрема щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції (рішення від 11.03.2003 року № 6-рп/2003), то ігнорування особливої природи законів про внесення змін відбулося ним не вперше.

Якщо інтерпретувати позиції КСУ, то за відсутності експліцитного права здійснювати наступний контроль за законами про внесення змін до конституції, як би КСУ не хотів інтерпретувати це своє повноваження як самоочевидне з огляду на право перевірки будь-яких законів, все одно маємо ситуацію самопроголошених, прихованих (як їх називає С.П.Рабінович [685]) повноважень КСУ. На думку А.А. Івановської, в цьому рішенні була сформульована правова позиція, відповідно до якої КСУ фактично наділив себе повноваженням здійснювати наступний конституційний контроль змін до Конституції [556, с. 425].

Насправді, як на нас, визнання неконституційною законодавчої заборони розглядати закони про внесення змін до Конституції піднімала серйозне

питання тлумачення повноважень КСУ. Він пішов по формальному шляху – просто визнав закони про внесення змін до Конституції України різновидом звичайних законів. Проте насправді це не так, адже у ст. 85 КУ, де вказуються повноваження РВУ, розмежовується внесення змін до Конституції (п.1) і прийняття законів (п. 3). Натомість КСУ тим самим втратив більш цінну аргументацію. Він міг би визнати установчу природу законів про внесення змін до Конституції, проте вивести своє повноваження щодо контролю за ними як імпліцитне, із посиланням на поділ установчої влади на оригінарну і інституційну, на кшталт того, що зробив КС Колумбії і інші зарубіжні органи конституційного контролю (водночас для цього йому би потрібно було прямо визнавати КУ актом оригінарної установчої влади). Розуміючи складність такого визнання, КСУ міг би хоча б просто визнати закони про внесення змін до КУ актами інституційної установчої влади, що підпорядковуються Конституції (щось схоже на це ми побачимо лише у 2022 р.). Натомість формальний підхід – це скоріше данина пострадянській традиції (на кшталт того, що зробила свого часу Конституційна Рада Казахстану, коли вона прирівняла закони про внесення змін до Конституції до звичайних законів і тим самим дозволила здійснювати попередній контроль щодо них).

Це рішення стало передвісником рішення КСУ від 30 вересня 2010 року. Позиція КСУ, викладена в рішенні від 26.06.2008 року № 13-рп/2008, знайшла свій логічний розвиток у 2010 році, в рішенні у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 08.12.2004 року № 2222–IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) від 30.09.2010 року № 20-рп/2010 (далі – рішення КСУ № 20-рп/2010). КСУ визнав неконституційним Закон № 2222 і в абз.4 п.6 рішення прямо визначив, що наслідком цього є «...відновлення дії попередньої редакції норм Конституції України, які були змінені, доповнені та виключені Законом № 2222..». Причому також

бачимо бажання не надавати рішенню ефект *ex tunc* (абзац третій пункту 4 мотивувальної частини).

Отже, підстав для визнання неконституційним КСУ наводить дві: 1) Одночасне прийняття самостійних правових актів, предмет регулювання яких та визначені у статтях 91, 155 Конституції України процедури їх розгляду і ухвалення є різними (т.з. «пакетне голосування»); 2) Відсутність висновку КСУ після внесення до законопроєкту змін.

До рішення було висловлено дві окремі думки суддів (В. І. Шишкін, П.Б. Стецюк). В науці переважає на сьогоднішній день критичний підхід до рішення і його аргументації [519, с. 101; 534, с. 267-268; 582, с. 120; 698, с. 68-70; 730, с. 68; 722; 733, с. 497; 763, с. 91; 782, с. 89; 786]. Рішення КСУ мало також численні схвальні оцінки (В.П. Колісник [565], В.В. Речицький [692; 694], А. Єзеров [686, с. 472]) або частково схвальні (А.М. Івановська) [556, с. 210, 456-457, 475]. О.М.Мироненко критикує рішення КСУ за якість аргументації, а не за загальний висновок [643, с. 842]. В.Д. Бринцев взагалі вважає, що по суті в цьому випадку КСУ виступив як орган установчої влади, відновивши дію Конституції України 1996 року [486, с. 30].

Ключові аргументи, які висловлювалися фахівцями в якості критики рішення КСУ від 30 вересня 2010 року, такі: 1. Про «відновлення дії попередньої редакції норм Конституції України» сама Конституція нічого не говорить і такий висновок був зроблений КСУ з перевищенням повноважень. Видозмінювався і «відновлювала дію» інша редакція її норм внаслідок судового рішення, що є недопустимим явищем; 2. Закон про внесення змін став «тілом» Конституції, тому контролю не підлягає. Цей аргумент корелюється із ухвалою № 6-у/2008. Крім того, не було обґрунтовано відхід від позиції, що наведена в згаданій ухвалі; 3. Закон про внесення змін за своєю природою відрізняється від звичайних законів, є Основним Законом і актом установчої влади і тому не підлягає конституційному контролю (французький і бельгій-

ський досвід); 4. Рішення КСУ порушує принцип юридичної визначеності, оскільки виник цілий ланцюг правовідносин, пр. тому, що сам КСУ неодноразово застосовував і тлумачив змінений текст Конституції; 5. Відновлення попередньої редакції не було чітко прописано, а тому рішення порушує принцип юридичної визначеності. У рішенні відсутній коректний механізм його виконання; 6. Виключно процедурна аргументація щодо неконституційності закону є недостатньою, КСУ повинен був проаналізувати зміни із застосуванням норм і цінностей матеріального права; 7. Визнання неконституційним закону про внесення змін до Конституції України не належить до компетенції КСУ, а тому КСУ узурпував владу і сам проголосив за собою неконституційні повноваження; 8. Питання легітимності чинних органів влади ставиться під сумнів, оскільки на виборах вони наділялися зовсім іншими повноваженнями; 9. КСУ ухвалив рішення під тиском Януковича і його команди.

Якщо звернутися до тих, хто підтримує рішення КСУ від 30 вересня 2010 року, то, на нашу думку, аргументація його захисників має чотири основні недоліки: 1) відсутність зв'язку із матеріальним правом (тобто відсутність будь-яких намагань оперувати ідеєю єдності конституційної матерії); 2) відсутність адекватної концепції інституційної установчої влади; 3) ігнорування оцінки аргументів французького та інших органів конституційного правосуддя, що виступали проти такого контролю, достатньої поваги до конституцієдавця, а також правової стабільності і визначеності; 4) відсутність адекватного розуміння наслідків рішення, передусім, в аспекті відновлення попередньої редакції.

Одним із наріжних каменів рішення КСУ від 30 вересня 2010 року було відновлення Конституції в редакції 1996 року. Відповідне відновлення дії, хоч і було визнано в мотивувальній частині рішення КСУ, а не в резолютивній, тим не менше відбулося, причому без додаткових рішень буд-яких дер-

жавних органів. Цьому сприяло саме таке, «автоматичне», тлумачення відновлення ключовими суб'єктами – парламентом, Президентом, міністерством юстиції. Венеційська комісія також не сперечалася із тим, що відновлення відбулося внаслідок саме рішення КСУ, хоч, як багато хто, також здивувалася тим фактом, що вказівка на це містилася лише в мотивувальній частині.

Ключовим стало те, що на практиці у 2010 році якогось особливого супротиву рішенню КСУ і не було. ВРУ також особливо не заперечувала проти рішення КСУ, ухваливши 6 жовтня 2010 року постанову № 2585-VI «Про забезпечення виконання Рішення КСУ від 30 вересня 2010 року N 20-рп/2010 щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України "Про внесення змін до Конституції України" від 8 грудня 2004 року N 2222-IV» [668]. 7 жовтня був ухвалений Закон «Про Кабінет Міністрів" N 2591-VI [554] і в цей же день ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо приведення у відповідність з Конституцією України» № 2592-VI [553].

Дії парламенту однозначно свідчили – він вважав, що текст Конституції 1996 року був відновлений Конституційним Судом і й тепер на виконання рішення КСУ потрібно привести у відповідність до цього тексту «закони та інші нормативно-правові акти», а самій ВРУ вже не потрібно ухвалювати якесь рішення з приводу відновлення тексту Конституції.

При цьому найбільш оперативно відреагував Мін'юст. Відновлений текст Конституції України 1996 року був опублікований у «Офіційному віснику України» від 1 жовтня 2010 року. М. Мельник кваліфікував це як «конституційну аферу» [640]. Із цього приводу виникла пізніше справа щодо захоплення державної влади проти міністра юстиції, на той час – О. Лавриновича. У 2018 році Подільський суд м. Києва розпочав розгляд справи по суті [623].

Такий факт публікації відновленого тексту, коли до самого відновлення було багато питань, в українському контексті, не був якимось рядовим чи технічним. «Реверсом Конституції» називає відповідні події О. Водянніков

[503, с. 15-16; 504, с. 15]. Термін «контрреформа» вживає О.В. Стрельцова [753, с. 350], В.Л.Федоренко і О.В. Скрипнюк [582, с. 122], С.П. Рабінович [684, с. 211] та інші вчені.

Венеційська комісія у спеціальному висновку від 17.12.2010 р. провела докладний аналіз цієї ситуації, обережно вказавши на ті ризики, які спричинило зазначення рішення КСУ, зазначаючи. Також була ухвалена резолюція парламентської асамблеї ради Європи 1755 (2010) від 4 жовтня 2010 року [687].

Європейські інституції закликали провести реформу, і наївно вважали, що саме завдяки рішенням КСУ вона стане можливою. Насправді в реальності влада використала відповідні рекомендації, щоб «заговорити» процес реформування шляхом створення спеціального органу при Президентіві із пафосною назвою «Конституційна асамблея».

Яка наша позиція щодо прийнятого рішення КСУ? Для відповіді на це питання потрібно проаналізувати аргументи самого КСУ. Зваживши в неявній формі дві цінності – важливості процедури і необхідності контролю за її дотриманням (з одного боку), а також юридичної визначеності та необхідності захисту матеріальних цінностей (з іншого боку), КСУ фактично визначив цінність необхідності дотримання процедури в якості пріоритетної і тим самим зміни до Конституції України були знівельовані ним з формальних мотивів.

При цьому одне з процедурних порушень полягало в тому, що частина змінених норм не була перевірена ним самим попередньо на відповідність ст.ст.157, 158 Конституції. КСУ у рішенні № 20-рп/2010 року жодним чином не навів оцінку цих змін на відповідність статтям 157, 158 Конституції. У зв'язку з цим постає питання – яка мета була при наданні КСУ права попереднього конституційного контролю? На підставі того факту, що такий контроль не був повністю попередньо здійснений, залишаючи поза увагою його

мету і оцінку здійснених змін постфактум з матеріальної сторони, тобто, на відповідність ст.ст.157 і 158, визнання усього закону неконституційними виглядало занадто формальним.

Більше того, зарубіжна практика, навпаки, знає можливість редакційного узгодження тих положень конституції, які не змінюються, із запропонованими змінами для забезпечення єдності і цілісності тексту.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 198 Конституції Бельгії за погодженням Короля, Установчі палати можуть змінювати нумерацію та частини статей Конституції, а також групувати їх за назвами, главам та розділами, видозмінювати термінологію положень, які не були подані на перегляд, з метою їх гармонізації з термінологією нових положень та забезпечення відповідності голландського, французького та німецького варіантів текстів Конституції [591, с. 105]. Відповідно до ст. 138 Конституції Королівства Нідерландів перш ніж законопроекти про внесення поправок до Конституції, що пройшли друге читання, будуть схвалені Королем, Актом парламенту можуть бути додатково визначені поправки, згідно з якими: а) схвалені положення й незмінені положення Конституції приводяться у відповідність один з одним; б) змінюється поділ на розділи, глави й статті, змінюються заголовки та нумерація розділів та статей. Законопроект з цих питань приймається двома палатами більшістю щонайменше дві третини голосів депутатів. Відповідно до ст. 141 текст переглянутої Конституції публікується указом Короля, яким можуть бути внесені відповідні зміни до нумерації розділів, розділів та статей, а також посилання на них [593, с. 58, 59].

Проте в нашому випадку так і залишилося незрозуміло із рішення КСУ: чи йшлося про просте редакційне узгодження або про щось інше. Тому сам факт, що текст законопроекту був відредагований *per se*, є недостатнім. Важливо розуміти, що це за зміни, чи були вони редакційними, на що вони були спрямовані, як плинули на остаточний текст в змістовному аспекті, чи не по-

рушили ідею єдності конституційної матерії, її узгодженості тощо. КСУ, як на нас, мав би проаналізувати справжню мету змін, здійснених після надання ним висновку, навіщо вони були внесені і як вплинули на остаточну редакцію. Це було б вкрай важливо для юридичного обґрунтування і суспільної легітимності рішення. Це в жодному разі не означає неважливості процедури, формальних підстав тощо. Ми лише наголошуємо на необхідності зв'язку форми зі змістом, процедури і матеріальних критеріїв.

Одними формальними аргументами в даному випадку задовольнятися було явно недостатньо. Згадаймо, наскільки непривабливим сьогодні виглядає правовий пуризм, не можна звичайно оминати також і доктрину запобігання надмірного формалізму.

Ігнорування питання щодо принциповості поправок, які не були передані на експертизу до КСУ виглядає дивним. Хоч В.Речицький і не вважає зміст і принциповість поправок до тексту серйозним аргументом [694. С. 11], на нашу думку, він є одним із першочергових. І не в тому сенсі, що визнання їх неприциповості «врятувало» би реформу від визнання неконституційною. А в тому сенсі, що демонстрація принциповості втручання в текст, яке відбулося при остаточному голосуванні в парламенті, могло би суттєво підсилити легітимацію і обґрунтування рішення, із використанням ідеї єдності конституційної матерії. Крім того, формальні аргументи могли би бути розширені за рахунок ідеї зв'язаності ініціативою, а також порушення вимог ч. 1 ст. 158 Конституції.

Ну і звичайно у нас є маса інших претензій матеріального характеру навіть без формальних аргументів, тобто у відриві від них (розбалансованість державного механізму в аспекті поділу влади і ефективного здійснення повноважень, порушення права обирати Президента у зв'язку із незабезпечення його перевиборів під дію нової реформи, обмеження виборчого права шляхом подовження строків повноважень парламенту з 4 до 5 років тощо). Про-

блема в тому, що КСУ ніби спеціально відійшов від будь-яких матеріальних аргументів, зосередившись на формальних, і це було одним із ключових недоліків.

Відсутність обґрунтування при відході від попередньої позиції видається нам теж важливим аргументом для критики рішення КСУ від 30 вересня 2010 року (хоч і певною мірою вторинним, але теж доречним). Адже узгодженість судової практики, у тому числі конституційних судів, як зазначає Венеційська комісія у своїй доповіді CDL-AD(2011)003rev, схваленій на 86му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року) [644], є важливою вимогою верховенства права (п. 50).

За загальноприйнятими уявленнями, обраний один раз варіант тлумачення, не слід змінювати без належного обґрунтування [792, с. 119-120]. Більше того, іноді збереження послідовності в своїх правових позиціях може мати навіть більшу цінність, ніж зміна такої позиції навіть за наявності вагомих аргументів для зміни. При цьому наш кейс 2010 року (та й 2008 року, справа про повноваження КСУ) навіть не піддається раціональному аналізу крізь призму юридичної методології як такий – аргументів для зміни позиції КСУ взагалі не було наведено.

Додаткової уваги потребувала і роль пакетного голосування, передусім, з точки зору змісту прийнятих рішень, а не просто порушення процедури, як було про це сказано в рішенні КСУ. Адже, що стосується пакетного голосування, то тут так позиція КСУ досить непослідовна. Спочатку КСУ в Рішенні від 24 грудня 2004 року N 22-рп/2004 не висловив претензій процедурного характеру (а це був один із законів, що входив до того самого пакету, що і Закон № 2222).

7 вересня 2005 року КСУ надав висновок N 1-в/2005. Цей висновок стосувався попередньо схваленого і направлено до КСУ законопроекту із того самого пакету і того самого голосування, що і закон від 8 грудня 2004 року №

2222. На це прямо вказує КСУ у цьому висновку. Факт пакетного голосування жодним чином не був оцінений КСУ в цьому провадженні також, а про попереднє схвалення законопроекту зазначено в описовій частині рішення КСУ як констатація юридичного факту. То чим відрізняється пакетне голосування в процедурі остаточного схвалення, якщо пакетне попереднє ухвалення закону, а також попереднє схвалення і направлення до КСУ законопроекту ні в кого не викликало сумнівів (передусім мається на увазі ігнорування цього факту самим КСУ)?

Ми нагадуємо тут, що насправді взагалі практика одночасного направлення законопроекту до КСУ для надання висновку і попереднього схвалення законопроекту є антиконституційною, суперечить позиції самого ж КСУ в рішенні від 9 червня 1998 року N 8-рп/98 про обов'язковість висновків КСУ, а також прямій нормі Конституції (ст. 159). Це правило було порушено як щодо законопроекту про внесення змін в аспекті місцевого самоврядування (попередньо схвалений і направлений до КСУ одночасно), так і щодо законопроекту № 2222, який спочатку був попередньо схвалений, а висновок КСУ був наданий лише 12 жовтня 2004 року (і вже після цього він був прийнятий з додатковими змінами, щодо яких КСУ не висловлювався).

Тобто у 2010 році КСУ потрібно було двічі визнавати неправомірними свої ж дії щодо: 1) ігнорування пакетного голосування в попередніх рішеннях; 2) надання висновків вже після попереднього схвалення законопроектів, що є порушенням ним самим процедури внесення змін до Конституції (він навіть не вказував на цю обставину при наданні висновків і не наполягав, щоб ВРУ після надання ним висновку все ж повторно попередньо схвалила законопроект, відповідно до процедури).

При цьому ми би додали ще одну претензію – втручання в тіло проекту після появи конституційної ініціативи *per se*. Та для цього потрібно було б змінювати всю практику КСУ. Справа в тому, що ми виступаємо за принцип

зв'язаності парламенту конституційною ініціативою. Тобто ми наголошуємо не на тому, що не було висновку на законопроект із правками ВРУ (як про це вказує КСУ), а що такі правки взагалі не повинні були з'являтися в принципі. Тому наш аргумент пов'язаний із порушенням процедури, але він тісно пов'язаний також із матеріальним аргументом щодо змісту змін. Справа навіть не в тому, що не був наданий висновок КСУ на «змінений» проект. Справа в тому, сам факт зміни проекту (причому саме не редакційних змін) порушує вимогу щодо суб'єктів конституційної ініціативи. Саме змінений проект (який і був прийнятий), був поданий для ухвалення комітетом ВРУ, тобто порушена вимога щодо суб'єкта ініціативи (якщо вважати, що зміни не носили редакційний і узгоджувальний характер). На підтвердження нашої ідеї можемо навести практику визнання неконституційності закону про внесення змін до конституції на підставі саме цього аргументу у Литві (постанова КС від 24 січня 2014 року щодо статусу Банку Литви [361]).

За умов врахування нашого аргументу про зв'язаність ініціативою, КСУ мав би, вказавши на порушення вимоги щодо суб'єкта ініціативи, довести істотність змін (як це зробив КС Литви), тобто зв'язати формальний і матеріальний контроль. Крім того, йому б довелося визнавати власні помилки, коли він надавав висновки на направлені парламентом законопроекти про внесення змін до Конституції (та ще й попередньо схвалені) не в тій редакції, в якій вони були первісно подані.

Ми би не хотіли применшувати сам факт процедурного порушення у вигляді пакетного голосування, проте хочемо наголосити на тому, що чомусь така принциповість в цьому питанні з боку КСУ з'явилася вперше і востаннє лише 30 вересня 2010 року, при тому, що інші очевидні (і мабуть не менш серйозні) процедурні порушення, у тому числі допущені самим КСУ, він чомусь ігнорує.

Крім того і, мабуть, головне – КСУ у своєму рішенні від 30 вересня 2010

року (на додачу до рішень у справі про повноваження КСУ від 26 червня 2008 року № 13-рп/2008, а також у справі щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України 11 березня 2003 року № 6-рп/2003 та деяких інших), проігнорував логіку, що ґрунтується на ідеї установчої влади шляхом визнання законів про внесення змін до Конституції України актами інституційної установчої влади.

Справа в тому, що КСУ, встановлюючи своє повноваження щодо наступного контролю за законами про внесення змін до Конституції у 2008 і 2010 рр., виходив із свого права перевіряти на відповідність Конституції «закони», а не «закони про внесення змін до Конституції України». Тобто він проігнорував, що у статті 85 Конституції України до повноважень парламенту належить окремо «1) внесення змін до Конституції України в межах і порядку, передбачених розділом XIII цієї Конституції» і «3) прийняття законів». Тобто текстуально в Конституції України закони і закони про внесення змін до Конституції України – це не одне і теж. Але за логікою КСУ виходить, що закони про внесення змін до Конституції України – різновид законів. Нагадаємо, що в 1997 році один із ключових аргументів рішення КСУ від 3 жовтня був пов'язаний із тим, що Конституція не є законом. А от закон про внесення змін до Конституції законом, виходить, є.

Чи є взагалі якась особлива природа актів про внесення змін до Конституції України або ж такі акти є ординарними законами? Чи є закони про внесення змін до Конституції, як і сама Конституція, актами установчої влади? Якщо так, то якої – первинної чи інституційної, яка між ними різниця? Чи може існувати наступний конституційний контроль (матеріальний або процедурний) за актами інституційної установчої влади? Чи є різниця між законами про внесення змін до КУ, які схвалюються парламентом і законами про внесення змін до Конституції України, які схвалюються народом на референдумі, зокрема, з точки зору наступного конституційного контролю? На чому

ґрунтується повноваження КСУ щодо наступного конституційного контролю за законами про внесення змін до Конституції України, які серйозні аргументи для цього існують? Чи є такий контроль виключно формальний, чи змістовний також і чому? На ряд питань КСУ спробував дати відповідь, але на більшість – ні. Доктрина установчої влади у 2010 році була однозначно не у вигаши.

Насправді логіка більшості зарубіжних конституційних або верховних судів така: закон про внесення змін до конституції актом інституційної установчої влади, яка підкоряється оригінарній установчій владі (яка ухвалила сам текст конституції). Тому для захисту оригінарної установчої влади від інституційної (хто б її не здійснював, народ, парламент, Установчі збори або в тій чи іншій комбінації – це не принципово) суд має здійснити перевірку процедурних і матеріальних аспектів³².

Зрозуміло, що КСУ хотів якось прив'язати свої повноваження щодо здійснення контролю до тексту Конституції і єдине, за що він зміг «зачепитися», – це його право здійснювати перевірку на відповідність до Конституції України законів. Але цей аргумент міг би привести і до протилежних висновків (як це відбулося у Франції і інших країнах): конституційний контроль за внесенням змін до конституції можливий лише в тій формі, в якій її передбачила конституція (в Україні – лише попередній контроль).

Логіка, яку ми наводимо, вимагала від КСУ більшого активізму і проголошення свого імпліцитного повноваження і його обґрунтування. Мабуть

³² Звичайно, є і протилежний підхід, за яким контроль за актами установчої влади неможливий (в даному випадку закон про внесення змін до Конституції за таким підходом має також вважатися актом установчої влади, як це було у Франції і ряді інших країн). Як на нас, ця позиція, мала би бути теж якось відображена в мотивувальній частині рішення. В першу чергу, на наш погляд, мала бути надана відповідь на ключове питання – чи можливий конституційний контроль за актами установчої влади і чи є актами установчої влади (я якого її різновиду) закони про внесення змін до КУ? Прикрим, звичайно, варто визнати те, що КСУ не бажав застосовувати порівняльний підхід і шукати відповідні аргументи в «транснаціональному конституціоналізмі» (За Р.Діксон і Д.Ландау).

КСУ не був до цього готовий у зв'язку із надмірним захопленням позитивізомом.

Згодом (рішення від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018 і від 1 листопада 2022 року № 2-р/2022) КСУ все ж став використовувати доктрину установчої влади для оцінки процедури прийняття законів про внесення змін до Конституції України.

У рішенні від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018 КСУ вже розглядає внесення змін до Конституції як здійснення установчої влади (хоч і лише у випадку прийняття таких змін на референдумі): «народ, маючи суверенну прерогативу щодо здійснення установчої влади, водночас перебуває у визначених Конституцією України межах щодо порядку її здійснення» (п. 20 мотивувальної частини). А у рішенні від 1 листопада 2022 року № 2-р/2022 (щодо конституційного контролю змін до Конституції України після набрання ними чинності) КСУ визнає, що «не лише дотримання встановленої Конституцією України процедури розгляду, ухвалення та набрання чинності законами, що як конституційні поправки є актами конституцієдавця, який діє через Верховну Раду України, є неодмінною умовою легітимності установчої влади народу. Як випливає зі статті 157 КУ, установча влада експліцитно обмежила себе тим, що не дозволила змінювати ті приписи Конституції України, що захищають „права і свободи людини і громадянина“, „незалежність“ і „територіальну цілісність“» (абз. 2 п. 2.4 мотивувальної частини). Таким чином, починає простежуватися розуміння Конституційним Судом України природи законів про внесення змін до Конституції саме як актів установчої влади, а не влади законодавчої.

На наш погляд, вживання терміну «закон» у словосполученні «закон про внесення змін до конституції» є елементом стійкого словосполучення, яке має розумітися в своїй цілісності, а не «по складах». Крім того, значний недолік полягає в тому, що КСУ проігнорував в рішеннях 2008 і 2010 року док-

трину установчої влади. Аргументація щодо наявності у нього права здійснювати наступний конституційний контроль за законами про внесення змін до Конституції є виключно формальною і ґрунтується на «широкому» тлумачення поняття «закон».

Таким чином, на наш погляд, рішення КСУ від 30 вересня 2010 р., на жаль було досить недосконалим з боку аргументації у мотивувальній частині, порушує вимоги юридичної визначеності стосовно пунктів його резолютивної частини. КСУ був вкрай непослідовним стосовно оцінки процедурних аспектів внесення змін, які він раніше просто ігнорував, а потім використав деякі з них як аргумент на користь неконституційності (йдеться, зокрема, про «пакетне» голосування).

Сам зміст змін багато в чому міг би бути більш прискіпливо проаналізований на предмет обмеження прав людини, тим більше, що сам КСУ досить широко тлумачить такі обмеження. Проте вже здійснений матеріальний попередній контроль щодо законопроектів про внесення змін до Конституції протягом 2003-2004 років не залишив йому «поля для маневру» в аспекті оцінки внесених змін із сутнісної точки зору. Водночас, як на нас, процедурні і матеріальні критерії перевірки дуже сильно пов'язані.

З точки зору процедури ми вважаємо порушенням факт внесення поправок у проєкт (взагалі, а не в прив'язці до ненаданого висновку КСУ). Крім того, якби КСУ серйозно свого часу поставився до ч. 2 ст. 158, яка забороняє протягом року розглядати законопроект, який не був прийнятий, то ця умова могла б бути використана як ще один аргумент для КСУ. А в разі її застосування ще у 2004 році при здійсненні попереднього контролю вона би сприяла кращому створенню цілісного і несуперечливого механізму функціонування органів влади. Тиск же президентських виборів 2004 року, вочевидь, змусив парламент поспішно розробляти і ухвалювати внутрішньо суперечливу реформу. Проте оскільки цього всього КСУ не вказав під час попереднього ко-

нтролю, використання цих аргументів під час наступного контролю було фактично унеможливлено.

Щодо відновлення попередньої редакції, то воно було здійснено теж без належного обґрунтування. З точки зору мотивації, то саме вибір на користь відновлення частково пояснений, по суті, лише доповідачем по справі С. Вдовіченком в своїх наукових публікаціях після появи рішення, а не в самому рішенні [489; 490; 491].

При цьому М.В. Савчин вважає, що сам парламент не володіє повнотою установчої влади, щоб повернутися до Конституції – така влада є симбіозом повноважень українського народу, парламенту, Президента і КСУ, а також Центральної виборчої комісії (у разі застосування процедури всеукраїнського референдуму за народною ініціативою), які є рівноправними [724, с. 99]. П.М. Любченко висловився за те, що КСУ, вказавши на необхідність відновлення дії Конституції України від 28 червня 1996 року, вийшов за межі своєї компетенції [633, с. 18].

До речі, складно погодитися із В.І.Шишкіним, що висловив свою окрему думку до рішення, і який у своїх спогадах згадує: «Саме по собі це Рішення Конституційного Суду не поновлювало дію Конституції в редакції 1996 року, але воно було використане посіпаками Януковича як підстава надрукувати текст Конституції 1996 року в офіційному виданні» [806, с. 313]. Адже про відновлення прямо йшлося в мотивувальній частині рішення (хоча в науці, дійсно, до сих пір існує певна дискусія щодо співвідношення його мотивувальної і резолютивної частини).

В реальності відновлення, без належного обґрунтування самого відновлення як такого, відбулося із ефектом *ex nunc*, тобто із моменту вступу в силу рішення КСУ. Наголошуємо, за такого підходу відновлення мало би детально пояснене і обґрунтоване, бути свідомим і зрозумілим вибором органу конституційного контролю із посиленням на саму Конституцію і норми закону

(або хоча б їх тлумачення в цьому зв'язку), спиратися на оцінку можливих негативних наслідків у зв'язку із потенційним утворенням прогалини тощо. Та й в цьому разі відповідна аргументація потребувала пояснення співвідношення із повагою до конституційного законодавця (установчої влади), необхідністю легітимної реформи і, по великому рахунку, є дуже складною юридичною дилемою. Оскільки це все ж зробити було неможливо (або надто складно, чи взагалі не було навіть бажання і відповідної мети) ми отримали неприродний «гібрид», нежиттєздатність якого продемонструвала подальша історія і події лютого 2014 року.

Як варіант, КСУ міг би надати парламентові час на проведення нової реформи (умовно півроку або рік) із відкладальним набуттям чинності рішення (*pro futuro*), а в разі непроведення якої, зміни б втратили чинність і не відновлювалася попередня редакція (це би стимулювало парламент до активних дій). КСУ міг би просто покласти на ВРУ позитивний обов'язок проведення нової реформи або запропонувати її як рекомендацію (як це зробив у 2003 році Конституційний трибунал Перу).

Тобто, на нашу думку, КСУ замість відновлення міг би використати інші засоби уникнення прогалин (відтермінування неконституційності в часі або набрання чинності, вказівку на необхідність усунення порушення в певний період часу), використавши право вказати в рішенні на особливий порядок виконання. При цьому, як показала історія, саме вибір на користь відновлення був найбільш згубним.

Чи міг би КСУ визначити такі особливості в рішенні? Безумовно. Хоч Конституція України на той час (до змін 2016 року) не давала експліцитного права відтермінувати набрання чинності своїм рішенням і відповідно втрату чинності актом, КСУ міг би все одно визнати за собою таке право. Це все вписується в право КСУ встановити порядок виконання свого рішення. Опоненти можуть заперечити, що незрозуміло які конкретно заходи КСУ може

вживати виходячи із ЗУ «Про Конституційний Суд України» (який діяв станом на 2010 рік, але в цьому плані нічого не змінилося і зараз). Проте судячи із вже сформованої власної практики, зарубіжного досвіду і доктрини, КСУ має досить широкі можливості щодо формулювання наслідків свого рішення і порядку і строків його виконання.

Події 2014 року, пов'язані із відновленням тексту Конституції зі змінами 2004 року (а також зі збереженням змін 2011 і 2013 рр.), ми вже детально аналізували [465]. При цьому саме доктрина установчої влади зіграла важливу роль для кваліфікації актів 22-24 лютого 2014 року.

Так, у постанові Верховної Ради України від 22.02.2014 року № 750–VII, крім посилання на правову позицію КСУ (ухвала від 05.02.2008 року), Венеційської комісії (висновок від 17.12.2010 р.) як підстав для своїх дій і пояснення неправомірності рішення КСУ від 30 вересня 2010 року, побудований наступний логічний ланцюжок: Конституція України є актом установчої влади Українського народу; у парламенту наявні виключні повноваження вносити зміни до Конституції України як елемент установчої влади; виключно ВРУ наділена установчими повноваженнями, що беззаперечно унеможливають здійснення іншими органами державної влади чи їх посадовими особами будь-яких дій стосовно зміни конституційних норм.

При цьому стверджується, що положеннями статей 147-153 Конституції України, які не надають КСУ повноважень перевіряти на конституційність окремі частини чи положення Конституції України, а так само вносити зміни до Основного Закону України. Схожі тези були повторені у постанові «Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді» 24 лютого 2014 року № 775-VII.

А у абз. 3 п. 19. 1 постанови Великої палати Верховного Суду від 20 січня 2021 року (справа № 800/162/14, провадження № 11-872заі19) також відбулося звернення в якості джерела аргументації до установчої влади (причо-

му як в контексті законності звільнення суддів, так і в більш широкому ключі, зокрема, щодо «відновлювальних актів парламенту»).

Після лютого 2014 року питання оцінки КСУ конституційності законів про внесення змін до Конституції України в юридичній науці розглядалося не дуже часто. С.В. Різник при цьому наголошує, що категорична позиція ВРУ «не обмежує і не повинна обмежувати всю подальшу діяльність нехай ще далеко не досконалого, але суттєво оновленого Конституційного Суду в справі захисту Конституції України» [698, с. 349].

Тому було б правильно об'єктивно з'ясувати можливість такого контролю без прив'язки до рішення КСУ від 30 вересня 2010 року і відновлення змін шляхом прийняття рішень українським парламентом 21-22 лютого 2014 року. Потрібно врахувати той досвід, який накопичився і з урахуванням цього подумати про майбутнє.

М.В. Савчин справедливо зазначає, що судова перевірка поправок до конституції ґрунтується на ідеї установчої влади як системи запобіжників ліквідації конституційної демократії, а ревізійна установа влада не може слугувати могильником конституціоналізму [719, с. 77]. При цьому не можна не погодитися із думкою І. Сліденка про те, що тільки КСУ володіє правом тлумачити власні повноваження розширено або вузько [718, с. 171]. Тому певною мірою вирішення цього питання віддається на відкуп КСУ.

На думку І. Сліденка, форма, процедура, спосіб прийняття закону про зміни конституції на відповідність останній перевірятися може і повинен. Неправомірні дії і засоби призводять до неправомірних наслідків [733, с. 331]. А от на думку В.Є. Скоморохи позиція щодо неможливості перегляду на предмет конституційності законів, які вносять зміни і доповнення до чинної конституції, є логічною. При цьому вчений також наводить і протилежну практику зарубіжних країн [731, с. 387-392]. Дійсно, зарубіжний досвід досить різноманітний, проте загалом він підтверджує скоріше таку можливість,

ніж заперечує її.

А.М. Івановська пропонує закріпити за Конституційним Судом на конституційному та законодавчому рівні право здійснювати наступний конституційний контроль змін та доповнень до Конституції України [556, с. 427-428]. Ю.О. Волошин та О.М. Пересада пропонують процедуру автоматичного направлення закону, що вносить зміни до Конституції України, до КСУ. Її може бути забезпечено шляхом обов'язку Голови Верховної Ради направити відповідний законопроект до єдиного органу конституційної юрисдикції [506, с. 193]. Не зовсім зрозуміло, щоправда, як це має виглядати. Можемо припустити, що йдеться про доповнення чинної процедури додатковою стадією контролю «на виході», тобто після прийняття закону і він має бути обов'язково перевірений КСУ на предмет дотримання процедури при його ухваленні парламентом, щоб уникнути в майбутньому визнання його неконституційним з процедурних підстав.

О.Ющик і М.Теплюк пропонують замість упереджуючого конституційного контролю відповідно до чинної редакції ст. 159 Конституції встановити попередній конституційний контроль, а також наступний конституційний контроль вказаної процедури [763, с. 152].

До речі, цікаве також питання щодо народного волевиявлення. Адже в перспективі може виникнути також питання щодо наступного контролю за змінами до Конституції України до I, III і XIII розділів (якщо такі зміни будуть внесені). Чи можна тут теж здійснювати контроль, навіть незважаючи на народну легітимацію? Або ж варто посилатися на доктрину французької Конституційної Ради, що заперечує такий контроль? Так, свого часу М.В. Савчин сформулював думку про те, що «конституційному контролю не підлягають референдарні закони» [718, с. 184].

С. Різник спробував сформулювати більш-менш цілісну доктрину контролю за законами про внесення змін до Конституції [687]. Вчений вислов-

лює думку про необхідність перевірки закону про внесення змін до Конституції України за власною ініціативою при першому ж застосуванні Основного Закону в новій редакції у розумінні ст. 155 і 157 Конституції, оскільки це його «природний обов'язок, що впливає з самої суті конституційної юрисдикції» [698, с. 355]. При цьому незастосування закону про внесення змін до Конституції з боку КСУ має відбуватися у виняткових випадках [697, с. 12].

Якоюсь мірою, до речі, ідея С.В. Різника щодо здійснення перевірки закону про внесення змін до Конституції при першому його ж застосуванні корелює з позицією Венеційської комісії щодо Польського конституційного трибуналу, який за свою ініціативою розглянув закон, що забороняв йому здійснювати конституційний контроль, і одразу визнав це неконституційним (і навіть при цьому було вказано на роль Конституційного трибуналу як установчої влади, ця позиція була наведена у розділі 3).

С.П. Рабінович пропонує ряд кроків щодо конституційного закріплення наступного конституційного контролю щодо можливості права суб'єктів подання із цього приводу, обмеження її певною тривалістю, невідкладний розгляд цього питання з боку КСУ [685, с. 19]. Отже, йдеться про певний строк, протягом якого КСУ мав право такий процедурний контроль здійснювати (як це було зроблено, свого часу, наприклад, в Угорщині).

Великий недолік цього підходу в тому, що він вимагає внесення змін до Конституції. Крім того, попри всю небезпеку, яку показує С. П. Рабінович, в контексті невизначеності щодо здійснення такого контролю, нам видається все ж зайва експліцитизація занадто спрощеним вирішенням проблеми. Проблема визнання неконституційними змін 2004 року крилася в неякісній аргументації рішення (і, як часто стверджується, тиску або впливу влади). Країни, де пішли шляхом детального врегулювання цього питання, скоріше нагадують авторитарні популістські режими. Їх мета – ухвалити зміни до Конституції, які ніхто б не міг поставити під сумнів, із цією метою діяльність КС щодо

контролю за внесенням змін до конституції суттєво обмежується процедурними нормами, які йому зв'язують руки і гарантують владі, що зміни не зможуть бути визнані неконституційними. Це яскраво демонструє досвід Угорщини. Водночас пропозиція С.П. Рабіновича з точки зору цінності юридичної визначеності безумовно варта уваги (якщо ми презюмуємо чесність з боку тих, хто буде застосовувати ці або аналогічні їм правила).

Крім того, нагадаємо, ідея С.П. Рабіновича потребує внесення змін до Конституції. Якщо ж цього не зробити, то виникає питання: який вихід із ситуації? В цьому плані позиція С.В.Різника в цілому є досить обґрунтованою і може бути застосована на практиці вже зараз.

Водночас якщо ми візьмемо офіційну конституційну юриспруденцію КСУ, то він пішов по шляху визнання можливості наступного (подальшого) контролю. Причому жодними строками і обставинами КСУ в цьому плані вирішив себе не обмежувати.

Крім того, вважаємо, що важливим є не тільки вирішення питання про право наступного контролю, а також питання його наслідків, яке у 2010 році було найпринциповішим. Це питання може бути навіть предметом конституційного регулювання. Такі правила прямо прописані в Конституції Португалії. В ній сказано, що оголошення неконституційності або незаконності з обов'язковою для всіх силою породжує наслідки з моменту набрання чинності норми, оголошеної неконституційною або незаконною, і відновлює дію норм, які зазначена норма, можливо, скасувала. І лише коли того вимагає юридична безпека, міркування справедливості чи винятковий суспільний інтерес особливої важливості, що має бути обґрунтовано, КС може встановлювати більш вузькі рамки наслідків неконституційності [598, с. 312-313]. На наше переконання, їх можна взяти до уваги, зокрема, в контексті використання відповідного досвіду в Україні. Відновлення попередньої редакції має бути правом КСУ, проте він має балансувати його здійснення в кожному

конкретному випадку з іншими цінностями, повагою до установчої влади, використовувати також і інші способи уникнення прогалин (навіть, як би це дивно на перший погляд не звучало, і прогалин в самій конституції³³).

Питання наступного контролю за законами про внесення змін до Конституції додатково постало у зв'язку з конституційним поданням щодо відповідності Конституції України Закону України «Про внесення змін до статті 80 Конституції України (щодо недоторканності народних депутатів України)» від 3 вересня 2019 року № 27-ІХ [578].

КСУ вирішив попередньо звернутися до Венеційської комісії, що є досить унікальним кроком в його практиці із рядом питань. Врешті-решт Венеційська комісія видала із цього приводу *Amicus Curiae* (CDL-AD(2022)012) від 20 червня 2022 р. [88]. Наведемо лише одну важливу тезу з п. 70, яка яскраво ілюструє згубність підходу, застосованого у 2010 році з боку КСУ: «...наслідком визнання конституційних поправок неконституційними через порушення процедури їх розгляду та ухвалення не повинно бути позбавлення чинності актів установчого законодавця (*constituent legislator*). Більше того, коли рішення суду ґрунтується лише на формальних чи процесуальних підставах, як у випадку з поданням, яке перебуває на розгляді в КСУ, слід брати до уваги матеріальні наслідки такого рішення та застосовувати перевірку пропорційності». Тим самим, до речі, Венеційська комісія висловила повагу до установчої влади, з одного боку, і застосувала, по суті, принцип переваги суті над формою і запобігання надмірного формалізму (недопущення правового пуризму).

У рішенні від 1 листопада 2022 року № 2-р/2022 КСУ знов вирішив визнати за собою право наступного (подальшого) контролю окрім експліцитно закріпленого попереднього (передувального). Проте новим є відповідне по-

³³ Про такі прогалини див: [478].

яснення свого повноваження (яке з'явилося, мабуть, не в останню чергу завдяки Венеційській комісії) через те, що відсутність такого контролю «може мати наслідком обмеження чи скасування прав і свобод людини і громадянина, ліквідацію незалежності чи порушення територіальної цілісності або зміну конституційного ладу у спосіб, не передбачений Конституцією України.»

Таким чином, як ми вже зазначали, починає простежуватися розуміння КСУ природи законів про внесення змін до Конституції саме як актів установчої влади, а не влади законодавчої. Так, С.П. Головатий вбачає у цьому рішенні якраз прояв доктрини установчих актів, яку, в свою чергу, він якраз і пов'язує із установчою владою [514, с. 29-31].

В даному ж конкретному випадку (рішення від 1 листопада 2022 року № 2-р/2022) КСУ не побачив ані матеріальних, ані формальних порушень. Причому попереднє схвалення на першій сесії КСУ визнав правомірним, розтлумачивши конституційну вимогу затвердження на наступній черговій сесії, дозволивши при цьому дуже швидке голосування за закон (хоч і зробивши «застереження» щодо надмірного поспіху з боку парламенту).

До речі, в цьому ж рішенні КСУ вирішив послатися на своє попереднє рішення від 30 вересня 2010 року, проте ніяк не пояснивши його статус, значення, зміну своєї юридичної позиції. І це не може не викликати занепокоєння з урахуванням тих подій, які відбувалися після прийняття відповідного рішення, і, найбільш яскраво, – у лютому 2014 року, як реакція на рішення КСУ, тобто рішення від 30 вересня 2010 року (цей аргумент був використаний неодноразово при мотивуванні актів парламенту відповідного періоду).

4.5. Установча влада і перспективи прийняття нової Конституції України

Інституційна установча влада має два виміри: ретроспективний (оцінка процедури ухвалення чинної конституції), а також перспективний (оцінка

моделі інституційної установчої влади, що зафіксована в чинній конституції з приводу прийняття нової або внесення змін до чинної). Саме перспективний вимір і модель інституційної установчої влади нас цікавить передусім в цьому підрозділі. Водночас варто також згадати і про механізм первинної (оригінарної) установчої влади в аспекті прийняття нової конституції.

Чи можливо ухвалити нову Конституції із дотриманням формального континуїтету, без його розриву? Це ключове питання. Водночас прямої процедури прийняття нової (перегляду) Конституції України немає. Існує лише XIII розділ, який називається «Внесення змін до Конституції України» і там нічого про прийняття нової конституції не сказано.

Як вказує О.І. Ющик, після 28 червня 1996 р. конституційний процес у нашій державі мав відбуватися тільки як поточний процес [814, с. 255]. На думку П.Б. Євграфова, Конституція України встановила порядок внесення змін до неї і не передбачає прийняття нової, тобто на зразком Конституції США, вона мала б бути довговічною [540, с. 53].

Водночас як зазначав Ю.М.Тодика, необхідність прийняття нової конституції, нехай не скоро, але цілком можливо настане, оскільки нинішня Конституція – акт перехідного періоду суспільства [769, с. 191]. На думку В.М.Шаповала, відсутність у Конституції України 1996 р. спосіб прийняття Основного Закону не означає неприпустимість і неможливість її перегляду [799. С. 9].

Із цього приводу варто згадати «загадкове» положення ч. 3 статті 5 яке ми маємо проаналізувати більш детально. Адже саме офіційне тлумачення ч. 3 статі 5 Конституції і стало підставою для формування КСУ позицій з приводу прийняття нової конституції. Саме ч. 3 ст. 5 КУ і пов'язують головним чином із прийняттям нової Конституції, а також фіксацією установчої влади народу.

Далі в роботі ми продемонструємо як саме ідея проведення референдуму за народною ініціативою щодо прийняття нової Конституції, яку розглядають як втілення механізму реалізації ст. 5, активно була підхоплена з боку КСУ, а також багатьма науковцями.

Зазначимо, що ми вже зверталися до ч. 3 ст. 5 Конституції, проте в контексті внесення змін до Конституції України. Водночас ця ж сама стаття часто використовується і для обґрунтування можливості прийняття нової Конституції шляхом «визначення конституційного ладу». Центральним елементом тут є достатньо загадкове поняття самого конституційного ладу, якому ми досить детально приділяли увагу, досліджуючи його природу, історичну еволюцію, кореляцію із зарубіжним досвідом та інші аспекти [476].

Якщо в підрозділі 4.1 ми вказали на аспекти оцінки з боку КСУ ретроспективно питань здійснення установчої влади, то зараз ми проаналізуємо його практику, де КСУ намагався дати відповідь на питання про майбутнє прийняття нової Конституції. Спочатку в рішенні від 27 березня 2000 року N 3-рп/2000 КСУ зазначив про необхідність для прийняття Конституції першочергово «з'ясування волі народу щодо необхідності прийняття нової Конституції України». Це одна із найдискусійніших позицій КСУ, на яку він згодом посилався, проте ніяк не пояснював. А у абз. 7 п. 4 мотивувальної частини рішення від 16 квітня 2008 року № 6-рп/2008 він додатково вказав, що «процес прийняття нової Конституції України (нової редакції) може бути започаткований лише після з'ясування волі Українського народу щодо необхідності прийняття нової Конституції України».

Незрозуміло як цей референдум щодо визначення волі народу про прийняття конституції узгоджується із відсутністю регулювання відповідної процедури в Конституції щодо як самого з'ясування такої волі, так і подальших кроків, якщо така воля буде з'ясована позитивно.

Насправді питання про з'ясування волі народу характерне було, до прик-

ладу, в Іспанії та інших країнах, де здійснювалася т.з. передумовна влада, тобто коли на референдумі «запускалася» конституційна реформа шляхом надання згоди на її здійсненням парламентом, скликання Установчих зборів, обмеження органу установчої влади певними питаннями.

Такі приклади ми бачили у Франції, Італії, частково Венесуелі тощо. В деяких випадках потім на референдум додатково виносилося питання про ратифікацію прийнятого представницьким органом тексту (класичний кейс із подвійним референдумом – Іспанія). Що ж до України, то, як на нас, тут КСУ сформулював якраз ідею такої передумовної влади і єдиний випадок, коли вона могла би знадобитися – це гіпотетичний розрив континуїтету при прийнятті нової конституції, який мав би компенсуватися легітимністю такого референдуму і здійсненням передумовної влади. В якійсь мірі при такому тлумаченні позиція КСУ водночас і досить прогресивна, і спірна одночасно. Проблемою є те, що він ніяк її не пояснив і згодом не розвинув, що дозволяє її тлумачити по-різному. Це значний недолік. Були спроби і критикувати відповідну позицію КСУ (В.М. Шаповал) [654].

У рішенні від 5 жовтня 2005 року N 6-рп/2005, абз 3 п. 4.3 мотивувальної частини КСУ вивів зі ст. 5 Основного Закону, що «народ має право приймати нову Конституцію України». У резолютивній частині (п.2) цього рішення КСУ вказав, що «... тільки народ має право безпосередньо шляхом всеукраїнського референдуму визначати конституційний лад в Україні, який закріплюється Конституцією України...». Тут, до речі, КСУ, де факто, вперше визнав конституційним ладом весь текст конституції.

Рішення є спірним з тих позицій, що КСУ зв'язав здійснення визначення конституційного ладу із референдумом, проте не назвав цей референдум ратифікаційним (а у 2008 році взагалі вказав, що це має бути референдум за народною ініціативою). Тобто виходить так, що КСУ наперед зв'язує інституційну установчу владу при формулюванні майбутнього порядку ухвалення

нової конституції своїм тлумаченням, і для дотримання вимог ч. 3 ст. 5 достатньо просто прийняти конституцію на референдумі. І це при тому, що сам по собі референдум (не народна ініціатива, а безпосередньо референдум) в чистому вигляді для цих цілей майже ніколи не застосовується, тим більше як результат народної ініціативи. Чому КСУ обрав такий шлях тлумачення?

Скоріше було б бажано, щоб КСУ звернув увагу на необхідність затвердження на референдумі нової конституції, прийнятої іншим суб'єктом – парламентом, установчими зборами тощо. З яких причин КСУ виокремив саме ініціативний референдум (можливо навіть світова практика взагалі і не знає випадків, коли група громадян, а не якийсь колегіальний орган, винесла би на референдум свій проєкт конституції і він би був прийнятий і став діяти), проігнорувавши більш поширені способи винесення конституційного тексту на референдум для затвердження?

Обраний КСУ підхід означає дуже оригінальний спосіб прийняття конституції за народною ініціативою самим народом одразу на референдумі (без попередньої роботи якоїсь комісії, установчих зборів чи парламенту). І це, нагадаємо, при необхідності (за позицією КСУ) проведення ще одного референдуму для попереднього з'ясування волі народу. Відповідного безпрецедентного рівня безпосереднього народовладдя просто не існує, і в разі успішної реалізації Україна може змінити всі вироблені теорією і практикою стандарти процесу прийняття конституції (що на погляд автора є досить сумнівним і нереалістичним).

У п. 1 резолютивної частини рішення КСУ від 16 квітня 2008 року № 6-рп/2008 розвивається попередня думка в контексті ст. 72 і ст. 5: «народ як носій суверенітету і єдине джерело влади в Україні може реалізувати на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою своє виключне право визначати і змінювати конституційний лад в Україні шляхом прийняття Конституції України у порядку, який має бути визначений Конституцією і зако-

нами України».

При цьому відповідно до п. 4 мотивувальної частини цього ж рішення бачимо додатково такі тези: Установча влада є виключним правом народу. Порядок здійснення установчої влади народом визначається Конституцією і законами України; прийняття нової Конституції України (нової редакції) може бути здійснене установчою владою у спосіб і формах, встановлених Конституцією та законами України; «...формою здійснення установчої влади народом є всеукраїнський референдум, що проголошується за народною ініціативою ...»; хоч в Основному Законі України не визначено предмет (предмети) всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, КСУ вважає, що такий референдум може бути проведений з порушених у конституційних поданнях питань у порядку, який має бути визначений Конституцією і законами України.

КСУ дотримується послідовності у позиціях, згадує свої рішення 1997, 2000, 2005 років. Причому вперше виникає питання «прийняття нової (нової редакції) Конституції України». Саме так сформулював своє питання у конституційному поданні Президент і КСУ вирішив скрізь в процесі тлумачення оперувати поняттям «нова редакція» як синонім «нова конституція» у дужках. Проте чомусь КСУ навіть не спробував знайти якісь відмінності і розмежувати ці поняття. До речі згодом, у 2009 році, Президент вніс до парламенту свій проєкт закону про внесення змін до Конституції шляхом викладення її в новій редакції від 31 березня 2009 року за N 4290. Як на нас, викладення в новій редакції є більш традиційним способом внесення змін до законів. Для Конституції ж цей механізм має бути неприйнятним. При реформуванні (шляхом повного перегляду) має ухвалюватися саме нова конституція, а не нова редакція. Випадки викладення конституції в новій редакції, які на сьогодні вже мали місце в Киргизстані і Узбекистані, обумовлені національною традицією і, на наш погляд, не мають бути взірцем в цьому плані.

До того ж там це хоч якось виправдовується однаковістю процедури внесення змін до будь-якого положення, чого немає в Конституції України. При цьому, наголосимо, що існує і протилежна точка зору, яку формулює О.О. Первомайський – нова редакція Конституції може відбуватися за жорсткою процедурою (тобто, по суті, за процедурою зміни I, III і XIII розділів) [612, с. 1102, 1107].

Ю.Г. Барабаш звертає увагу на те, що для самого Суду остаточно залишилась незрозумілою процедура прийняття «народної» Конституції, оскільки йому довелось обмовитись про те, що порядок прийняття Конституції на всеукраїнському референдумі має бути визначений у Конституції і законах України [531, с. 99]. Дійсно, фраза про те, що конституція має прийматися в порядку, визначеному конституцією і законами звучить доволі розпливчато. Все схиляє до того, що алгоритм мав би бути такий: 1) внесення змін до Конституції і закріплення такого порядку; 2) прийняття закону, що унормовує процедуру реалізації норм конституції.

Проте в Конституції такий порядок не був визначений. Більше того, навіть законопроектів про відповідні зміни тексту Конституції України щодо встановлення такої процедури не подавалося. Разом з тим відповідна спроба була зроблена на рівні закону «Про всеукраїнський референдум» від 6 листопада 2012 р. Привертає увага позиція КСУ, що «...формою здійснення установчої влади народом є всеукраїнський референдум...». Якщо це так, то чому ж тоді Конституція України, будучи актом установчої влади, не була затверджена всеукраїнським референдумом? Через одноразове уповноваження парламенту на прийняття конституції, яке діяло на той час? Тому форма референдуму для прийняття рішення установчої влади щодо ухвалення нової конституції є обов'язковою виходячи виключно з позицій чинного тексту? Чи можуть існувати якісь інші форми, виходячи з чинної Конституції, або ж референдум є єдиною можливою формою? Наприклад, те ж саме упов-

новаження на прийняття конституції парламентом/ Установчими зборами і затвердження на референдумі, тобто комбінований варіант? Відповідей на ці питання КСУ не дає.

Як на нас, КСУ зіштовхнувся із відомою пасткою установчої влади: відмінністю між оригінарною і інституційною, а також питанням: до якого із різновидів відносити повний перегляд конституції? КСУ намагався якось поєднати право народу, яке існує завжди із конституційним механізмом перегляду, який має існувати, щоб був збережений континуїтет. Але за відсутності експліцитного регулювання такого чіткого механізму як бути із правом народу? КСУ не наважився визнати, що оригінарна установча влада не передбачила перегляд конституції, тим самим унеможлививши його здійснення на даний момент. І саме тому відповідне право не має превалювати з позицій ефекту прямої дії і має поступитися конституційній стабільності. Намагання відшукати механізм його реалізації у ініціативному референдумі із прямим схваленням нової конституції поза процедурами представницької демократії виглядає занадто ідеалістичним. КСУ міг би визнати таке право, чітко наголосити на необхідності для його реалізації конституціоналізувати відповідну процедуру у тексті Основного Закону. Він би міг також вказати на оригінарну установчу владу, яка завжди залишається за народом у кризові періоди, але формулювання такого роду мали би бути максимально обережні. Натомість ми отримали нежиттєздатну (якщо не шкідливу) з точки зору цінностей конституційної демократії вимогу ухвалення нової конституції на референдумі за народною ініціативою.

У Законі «Про всеукраїнський референдум» від 6 листопада 2012 року № 5475-VI законодавець свого часу передбачав можливість прийняття Конституції України (ч. 2 ст. 15) і схвалення нової редакції Конституції України (ч. 3 ст. 15) на референдумі. Причому законодавець прямо згадав у тексті закону посилання на установчу владу щодо прийняття нової Конституції. Як

бачимо, легітимація відповідної процедури в законі прямо виводилася із доктрини установчої влади. Чому йшлося про нову конституцію і нову редакцію окремо, а не разом як про синоніми і як їх пропонувалося розмежовувати, незрозуміло.

Венеційська комісія зазначала про непередбаченість Конституцією такої процедури (п. 24, 28 Висновку № 705/2012 від 17 червня 2013 року CDL-AD(2013)017). Згодом Закон «Про всеукраїнський референдум» від 6 листопада 2012 року № 5475-VI був визнаний неконституційним за рішенням КСУ від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018. Підставою для його неконституційності було визначено порушення процедури ухвалення самого закону. При обґрунтуванні рішення КСУ звернувся також і до норм матеріального права, проте всі ці положення стосувалися питань неконституційності норм щодо внесення змін до Конституції України. Прямої вказівки на неконституційність норми, що передбачала можливість ухвалення нової Конституції України на референдумі, текст рішення не містить.

Хоча, варто зазначити, що одне положення мотивувальної частини рішення КСУ від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018 (п. 20) все ж таки може мати загальне значення і стосуватися питання прийняття нової Конституції : «Народ, маючи суверенну прерогативу щодо здійснення установчої влади, водночас перебуває у визначених Конституцією України межах щодо порядку її здійснення». Таким чином, у пункті 20 бачимо настільки загальне твердження, що його можна поширити як на внесення змін, так і на прийняття нової конституції. Сприяє цьому той факт, що КСУ знову не розмежовує первинну і інституційну установчу владу.

На сьогодні зустрічаються думки про те, що чинний Закон «Про всеукраїнський референдум» (мається на увазі закон від 26.01.2021 № 1135-IX, який вже не передбачає аналогічних положень, які містилися в законі від 6 листопада 2012 року № 5475-VI) звужив всупереч ст. 22 Конституції України

та рішень КСУ раніше існуючі можливості реалізації народом права прийняття Конституції на референдумі в цілому [765, с. 413]. Більше того, стверджується, що слід взагалі закріпити правило, що Конституцію України можна приймати і змінювати тільки на референдумі [765, с. 415].

На наш погляд, референдум має бути використаний для затвердження народом, а не для повноцінного і самостійного прийняття нової конституції. Крім того, врегулювання прийняття конституції на референдумі в законодавчому порядку без попереднього внесення змін до самої Конституції, буде порушувати і саму Конституцію, і суперечити вже сформованим юридичним позиціям КСУ із цього приводу.

По суті, для ухвалення нової конституції із дотриманням чинної процедури (процедурного континуїтету) потрібно виконати одну умову – передбачити такий порядок в Конституції України і лише потім врегулювати певні процедурні особливості у законі (це впливає з юридичних позицій КСУ 2005 і 2008 років). Сам же порядок, заснований виключно на референдумі за народною ініціативою, про який писав КСУ, на наш погляд, некоректний. Тому ми би наполягали на відмові від буквального розуміння відповідних позицій КСУ щодо порядку прийняття нової конституції шляхом закріплення моделі: прийняття Установчими зборами або парламентом і лише потім затвердження на референдумі.

Отже, постає питання про позицію КСУ у рішенні 2000 року, оскільки її формулювання ближче скоріше до досвіду Франції, Іспанії і Італії, де шляхом звернення до народу на референдумі при розриві процедурного континуїтету органи установчої влади отримували народну легітимність і в певних випадках встановлювалися матеріальні межі їх діяльності (що врегулювання новою конституцією певних питань, заздалегідь вирішених народом на референдумі). Необхідність подібного референдуму в рамках дотримання процедурного континуїтету виглядає нелогічною, оскільки при врегулюванні процедури

прийняття нової конституції потрібно буде, як на нас, вносити зміни до розділу XIII, що мають затверджуватися на всеукраїнському референдумі. Тим самим народ дасть свою згоду на потенційне прийняття нової конституції за встановленою процедурою. Подальші ж кроки будуть залежати від процедури, що буде конституціоналізована.

Тому необхідність дотримання вимоги, яку КСУ сформулював у 2000 році про попереднє з'ясування волі народу на референдумі щодо необхідності прийняття нової Конституції, залишається дискусійним питанням. Такого роду референдум, як ми бачили із досвіду Іспанії і інших країн, потрібен для народної легітимації політико-правового процесу ухвалення нової конституції, без опори на стару конституцію, тобто для розриву процедурного континуїтету. Проте формулювання певних вимог при розриві континуїтету – більш рекомендаційна річ. Як ми доводили, первісна установча влада не може вважатися необмеженою, у тому числі в процедурному плані, проте подібного роду вимога (щодо попереднього з'ясування волі народу на референдумі) не є усталеною, можуть існувати багато інших механізмів легітимації відповідних процесів.

При невиконанні вимог щодо конституційного регулювання порядку прийняття нової конституції можна вважати, що будь-якого такого роду спроби прийняття нової конституції будуть означати порушення процедурного континуїтету конституції і за нормальних умов, коли немає необхідності у зверненні до первинної установчої влади, вони не мають всерйоз розглядатися. Вся практика КСУ (рішення 2005 і 2008 років щодо тлумачення ст.5 КУ) – це намагання «знайти» в Конституції процедуру прийняття нової Конституції, якої там немає, до чого власне і доходить сам КСУ в кінцевому рахунку, намагаючись якось дати можливі орієнтири для її конституціоналізації із врахуванням вимог ч. 3 ст. 5 і розділу III, де йдеться про право народу шля-

хом використання механізмів прямого народовладдя у вигляді всеукраїнського референдуму за народною ініціативою.

Водночас слід також згадати про ідею ухвалення нової конституції, коли механізми прийняття нової конституції порушують процедурний континуїтет чинної конституції, проте обмежують змістовно і процедурно цей процес і здійснення первісної установчої влади. Ця можливість залишається постійно, незважаючи на певну критику такої первинної, революційної влади з боку західних фахівців (Е. Арато) і вітчизняних науковців (О.Водянніков). Крім того, такий розрив може виникати після реалізації права на опір і згодом за допомогою звернення до нього він легітимізується постфактум³⁴. Та це скоріше лише теоретична розробка, яка поки що не є актуальною для України.

Такого роду механізми, пов'язані з розривом процедурного континуїтету із попередньою конституцією, іноді втілюються за допомогою врегулювання процедури прийняття нової конституції виключно в законі (без змін самої конституції). Ті, хто це роблять, мабуть, вважають, що вони зберігають процедурний конституційний континуїтет, проте насправді вони його розривають. Із проаналізованого прикладу Венесуели ми побачили якою є тонка межа між збереженням континуїтету і його розривом, а намагання балансувати між ними в якийсь момент перетворюється на розрив. Йдеться про ситуацію 1999 року, коли Верховний Суд дозволив референдум із питання про необхідність скликання Установчих зборів виключно із рекомендаційною функцією, які, вже після обрання, президент перетворив на суверенні збори задля ухвалення власного проєкту.

В Україні такого роду спроби теж періодично виникали в різних варіантах. Перша спроба – це 2000 рік і намагання через референдум провести пи-

³⁴ Не варто ігнорувати і питання легітимності самого права на опір, оскільки наприклад, конституція Мексики проголошує пріоритет принципу легітимності над принципом ефективності.

тання про право приймати нову конституцію на референдумі. Тим самим обходилася вимога врегулювання такої процедури в чинній конституції, що робило ухвалення нової конституції досить простим процесом – достатньо проголосити із цього приводу всеукраїнський референдум за народною ініціативою. Як ми вже з'ясували, КСУ у 2000 році заблокував це за допомогою аргументу про необхідність іншого референдуму – про необхідність попереднього з'ясування волі народу.

Друга спроба – законопроект Президента Ющенка 2009 року про викладення конституції в новій редакції від 31 березня 2009 року за N 4290. Очевидно, що таким чином порушувався процедурний континуїтет, адже повністю нова редакція не передбачена порядком внесення змін у XIII розділі. Нагадаємо, що словосполучення «нова редакція», що вживалася спочатку в рішенні КСУ 2008 року, потім було перенесено у законопроект Ющенка 2009 року і згодом у Закон «Про всеукраїнський референдум» від 6 листопада 2012 року № 5475-VI.

Проект Ющенка 2009 так і не був направлений до КСУ (у парламенті елементарно не вистачило для цього голосів). З урахуванням рішення Комітету з питань правової політики ВРУ від 2 вересня 2009 щодо президентського проекту нової редакції Конституції України (реєстраційний номер 4290), парламент не прийняв рішення про його направлення до КСУ [486, с. 31]. При цьому був Висновок Венеційської комісії CDL-AD(2009)024 [82], в якому жодного занепокоєння факт нової редакції у Венеційській комісії не викликав. До речі, майже одночасно Венеційська комісія надала висновок на проект конституції, що підготовлена робочою групою під керівництвом В.М.Шаповала (CDL-AD(2008)015-e) [80].

Третя спроба – це умовно об'єднана в одну збірну група численних законопроектів про Конституційні асамблеї або Установчі збори, що мали би стимулювати прийняття нової конституції. Жоден із них так і не був ухвалений.

ний. Детальний аналіз таких проєктів проводила Р.М. Максакова [637, с. 314-321]. Я.О. Берназюк аналізує також проєкт «Про процедуру підготовки нового проєкту Конституції України» від 18 січня 2016 р. № 3781. Також врегулювання цієї процедури намагалися здійснити шляхом внесення змін до Регламенту ВРУ [463, с. 50]. Але жодна з внесених пропозицій так і не була розглянута Верховною Радою України у зв'язку з тим, що проєкти містили ряд положень, які не узгоджувалися з Конституцією України. Всі вони передбачали створення Конституційної асамблеї України (Національної Конституційної Асамблеї, Конституційної Асамблеї). Недолік цих всіх проєктів в тому, що вони фактично означають розрив конституційного континуїтету, оскільки сама конституція залишається осторонь від цього процесу.

Четверта спроба – законодавство про референдум, яке би дозволяло прийняти нову конституцію на референдумі. Така спроба була здійснена у 2012 році, але згодом КСУ визнав цей закон неконституційним (2018 рік), цей кейс ми вже проаналізували.

П'ята спроба – це група ініціатив у вигляді численних конституційних рад, конституційних асамблей та комісій, що створювалися указами Президента (Національна конституційна рада (Указ ПУ від 27 грудня 2007 року № 1294/2007), Конституційна асамблея (Указ ПУ від 17 травня 2012 року № 328/2012), Конституційна комісія (Указ Президента України від 3 березня 2015 року № 119/2015), Комісія з питань правової реформи (Указ ПУ від 7 серпня 2019 року № 584/2019)).

Ці органи створювалися як дорадчі і допоміжні органи при Президентіві, проте (в різній мірі, оскільки кожен із цих органів має розглядатися окремо) могли підготувати або безпосередньо ґрунт для застосування інших способів обходу процедурного континуїтету, наприклад, ухвалення конституції в новій редакції за процедурою внесення змін (як це відбулося в 2009 році формально внаслідок роботи Національної конституційної ради як дорадчого

органу при Президентові Ющенкові) або шляхом винесення тексту на всеукраїнський референдум. Звичайно, не можна виключати, що результат роботи таких органів міг би бути втілений також і з дотриманням процедурного континуїтету, проте для цього потрібно було би врегулювати порядок прийняття нової КУ в тексті самої Конституції. Все ж таки виглядає так, що всі ці ініціативи спрямовувалися в кінцевому рахунку (якщо говорити про їх діяльність з приводу підготовки нової конституції (нової редакції), а не окремих точкових проєктів щодо внесення змін до чинної конституції) скоріше на розрив процедурного континуїтету. Це можна вивести виключно логічно – навряд чи парламент, який повинен би врегулювати процедуру прийняття нової конституції, погодився б із тим, щоб текст нової конституції розробляв би дорадчий орган при Президентові. Тобто ця ініціатива могла б реально бути втілена лише референдним способом в обхід парламенту, якщо б такий референдум проголосив саме Президент за народною ініціативою (або навіть і без такої, у якійсь гіпотетичній виключній ситуації).

Головна проблема таких органів – характер дорадчого органу при Президентові, а також (у деяких випадках) ухвалення колегіальним органом проєктів, які цим органом не розроблялися. Якщо ми кажемо про законопроєкти про внесення змін, то реальності також набувало формальне ініціювання президентом зовсім інших проєктів, ніж розроблялися членами цих органів або лише формальне схвалення певних ініціатив. Навпаки, окремі реально розроблені такими органами проєкти не подавалися до парламенту.

Аспекти діяльності Національної конституційної ради, Конституційної асамблеї, Конституційної комісії детально аналізувалися в літературі [488, с. 88, 103; 557, с. 125; 582, с. 122-123, 236-237; 643, с. 524-525]. Венеційська комісія давала свою правову оцінку ідеї створення Конституційної асамблеї Януковичем (CDL-AD(2011)002-e) [86]. Що реально хотів Янукович (ухвалити лише зміни або взагалі конституцію або «заговорити» процес), так і зали-

шилося нез'ясованим. На бажання ухвалити нову конституцію натякав Закон «Про всеукраїнський референдум» від 6 листопада 2012 року № 5475-VI, проте реальних дій по розробці нової редакції і підготовці проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою з цього приводу ми не побачили.

Як стверджує М.І Козюбра, справжня мета дорадчих органів при Президентові – «створити видимість залучення до процесу внесення змін до Основного Закону широкого кола науковців і представників громадськості» Насправді ж вони «виконували і продовжують виконувати переважно «декоративну» функцію. Законопроекти про внесення змін до Конституції України готувалися (за незначними винятками) і продовжують готуватися не у вказаних дорадчих органах, а у владних кабінетах» [563, с. 92]. Як вказує В.Буткевич в цьому контексті, необґрунтоване бажання «мати свою Конституцію» було характерним чи не для кожного Президента України [488, с. 87].

Дійсно, в рамках концепції постсуверенної теорії, якщо йдеться про суспільний консенсус, то він повинен бути забезпечений в інший спосіб. Якщо ж йдеться про президентську владу, то ми відповідний приклад мали у Франції при розробці Конституції де Голлем (урядом), проте тоді відповідне доручення було дане йому законом, прийнятим парламентом і підтриманим на референдумі.

Якщо ж йдеться роль експертів, які можуть допомогли Президенту реалізувати його право конституційної ініціативи, то якось заперечувати відповідні механізми навряд чи доцільно. Так, з метою наукового і експертного забезпечення вже іншого органу, – ВРУ, було створено Науково-консультативну раду при Голові Верховної Ради України (розпорядження Голови ВРУ від 30 грудня 2021 р. № 502) [715]. Якщо казати в цілому, то це нормальний процес, в якому можуть взяти участь фахівці, а органи влади отримують допомогу від науковців. Та в жодному разі такі органи не можуть

використовуватися для легітимації вже прийнятих рішень, оскільки це завдасть непоправну шкоду демократії.

Що стосується в цілому питання прийняття нової КУ, то якоїсь загальної позиції науковців із цього приводу не було, та, вочевидь, і бути не могло і не може. Проте загальні тенденції ми можемо виокремити, а також висловити свою думку.

На думку К.О.Павшук, із всього різноманіття думок та тлумачень положень Конституції найбільш зрозумілим є висновок про те, що нова редакція Конституції повинна бути прийнята або шляхом самостійного ініціювання народом України прийняття нової Конституції, або здійснене делегування влади парламенту або іншому органу для її прийняття. Можливим є ще один спосіб – внесення змін до чинної Конституції України щодо порядку прийняття нової її редакції, затвердити зміни на всеукраїнському референдумі, а потім приймати нову Конституцію [657, с. 82].

А.А. Стрижак вважає найбільш доцільним створення спеціальної інституції з метою перегляду конституції – установчих зборів [754, с. 68-70]. Ю.Р. Мірошніченко теж розмірковує про конститuantу [645, с. 144-145], як і А.Янчук [816, с. 41].

Для В.Речицького очевидно, що найкращим виходом із ситуації мало б стати обрання народом спеціального органу для ухвалення проєкту Конституції України («Конституційних Зборів», «Конститuantи» тощо) [690, с. 207]. М.В. Савчин висловлює ряд міркувань щодо можливого формування Конституційної Асамблеї [723, с. 122] В.П. Колісник пропонує доповнити Конституцію ст. 159-1: «Конституція України приймається Конституційною асамблеєю, порядок формування якої визначається законом, та затверджується всеукраїнським референдумом. Проєкт Конституції України розробляється і вноситься Конституційною комісією. Президент України, Верховна Рада України та Кабінет Міністрів України призначають до складу Конституційної

комісії по сім фахівців у галузі права і визначають строк розробки проєкту Конституції України» [567, с. 65]. А от на думку О.Ю. Тодики, прийняття нової Конституції України, якщо цьому виникне необхідність, повинно відбуватися парламентським шляхом [768, с. 57].

Як вже наголошувалося, ми є прихильниками ухвалення Конституції представницьким органом їх подальшим затвердженням референдумом. Проєкт Конституції В. Речицького закладає на майбутнє саме такий механізм [689, с. 198-393. С. 387-388]. Хоч цей механізм прийняття нової конституції формально мав би функціонувати в разі прийняття самої конституції В. Речицького, він вартий уваги. Принаймні його цілком можна взяти за основу при внесенні змін до чинної Конституції задля врегулювання процедури прийняття нової КУ.

А от вимога про те, щоб члени Конституційних Зборів України не мали права балотуватися до Національних Зборів України першого скликання, видається недоцільною з огляду на гіркий досвід Франції після 1791 року із цього питання. З одного боку, цей принцип містив гарантію для особистої сумлінності і неупередженості членів Установчих зборів щодо створення належного результату їх сукупної діяльності – конституції або змін до неї [535, с. 459]. Проте з іншого, як вказує А.Шайо і Р.Уітц, це правило було застосовано у Франції в 1791 році з катастрофічними результатами. Багато з найбільш кваліфікованих, поміркованих реформаторів, які були членами Національних зборів, не мали права засідати в наступному законодавчому органі. Другосортні провінційні персонажі, юристи без національного досвіду, зайняли їхнє місце і дуже легко стали радикальними [369, р. 60].

Тому практична значущість ідеї В. Речицького викликає серйозні сумніви. Справа в тому, що така вимога створює необґрунтовані обмеження для політичної діяльності, не сприяючи своєму призначенню – розробки конституції не в своїх інтересах. Проте така мета досягається шляхом тимчасової

діяльності відповідного органу. На наш погляд, якщо від такої ідеї відмовилися самі французи як неефективної, то чому ми маємо наслідувати цей досвід? Над цим потрібно глибоко замислитися і ми не вважаємо за доцільне включення такої норми як в майбутню нову Конституцію України, так і в чинну (в разі внесення змін).

Наша позиція пов'язана із загальною тезою про необхідність дотримання процедурного континуїтету. Прийняття нової конституції має відбуватися після внесення змін до чинної і врегулювання відповідного порядку. Прийняття нової конституції із розривом континуїтету – не варто планувати. Для цього ми маємо отримати унікальну історичну ситуацію, для якої не буде універсальної відповіді. В будь-якому випадку це навряд чи та подія, яку спеціально варто наближати. Достатньо мати конституціоналістів і в цілому освічену еліту, яка могла би у кризовий момент запропонувати відповідний план дій. В ідеалі – це певне тимчасове законодавство або тимчасова конституція, яка дозволила би сформувати установчі збори, і останні би ухвалювали б конституцію, що б затверджувалася на референдумі. Власне кажучи такий порядок, на наше переконання, був би ідеальним і для конституціоналізації в чинній Конституції і для прийняття нової конституції без розриву процедурного континуїтету. В цьому плані ми підтримуємо ідеї В. Речицького і В.Колісника.

Варто одразу сказати, що періодично виникають також ідеї громадськості, які пов'язані з реальними ініціативами як юристів за освітою, так і всіх інших активістів. Відмінність від суто наукових розробок тут полягає в більш конкретних пропозиціях, звернених до суспільства, проведенні певної кампанії із цього приводу.

На слуху були ідеї ухвалення Конституції І.Юхновського (десять зауваг реформаторам Конституції) [812], Д.Яневського [528] . Серію публікацій про

нову конституцію з позицій лібертаріанського бачення зробив в інтернет-виданні «Українська правда» у 2017 році В. Хохлов [460].

Активними прихильниками ухвалення нової конституції (точніше – «нової редакції» конституції) на референдумі із задіянням всенародно обраної конституційної асамблеї є І.Коліушко і Ю.Кириченко. У 2007 під редакцією І.Коліушка і Ю.Кириченка вийшла «Зелена книга української конституційної реформи» [555]. 8 лютого 2008 року в газеті «Дзеркало тижня» з'являється стаття за авторством І.Коліушка і Ю.Кириченко «Конституційна асамблея – шлях до нової Конституції України» [569]. Серед останніх ініціатив (25 червня 2023 р.), можна назвати «Нове народження України – Конституційний маніфест», розміщену на сайті УКУ 28 червня 2023 р. [649].

Ухвалення нової конституції в обхід конституційних процедур гіпотетично може бути легітимоване установчою владою, проте ми маємо бути свідомі одної важливої речі. Ця річ – наявність конституційного моменту в акерманівському розумінні, наслідком чого може бути «задіяння» потенціалу оригінальної установчої влади для розриву процедурного конституційного континуїтету. Саме цих мотивів і обґрунтувань бракує узагальненим прихильникам ухвалення нової конституції без врегулювання порядку її прийняття в тексті чинної (а лише шляхом врегулювання лише на рівні законів, та навіть цією вимогою іноді нехтують). Насправді ж конституційний момент (який розриває континуїтет) не можна запланувати, спрогнозувати тощо. Саме тому, на наш погляд, зусилля в цьому плані мають бути спрямовані в двох напрямках: науково-просвітницькому – з'ясування феномену установчої влади і розробка основних напрямків конституційного реформування, а також проекту (проектів) нової конституції серед вчених і нормотворчо-прикладному – врегулювання процедур здійснення інституційної установчої влади шляхом врегулювання процедури перегляду в самій конституції.

Питання нової конституції може постати вже після успішного відбиття російської агресії. Адже Конституція України, на наше глибоке переконання, потребує системного оновлення. Окремі аспекти такого оновлення вже були нами обґрунтовані у співавторстві з Ю.Г. Барабашем [457]. Також звертаємо увагу на тезу М.В. Савчина, який наголошує на тому, що ревізія конституційного порядку буде неминучою після завершення руссо-української війни [719, с. 79; 721]. Звичайно, що ми розуміємо, що відповідна ревізія не означає автоматично необхідність розробки і прийняття нової конституції, проте саме такий шлях, все ж, нам видається більш оптимальним. При цьому статус переможця у війні з агресором, до якої ми всі прагнемо, жодним чином не означатиме необхідність «закриття очей» на недоліки чинної Конституції.

Вважаємо, що прийнятним виходом в Україні була би нова конституційна реформа, проведена із дотриманням існуючої процедури, і яка би дозволила все почати «із чистого аркушу», «стерти» з конституційного тексту шлейф подій 2004, 2010 і 2014 років, а також усунути ті недоліки, які є очевидними з урахуванням 28-річного періоду дії Конституції. Важливим питанням, з огляду на предмет і завдання нашого дослідження, було би також втілення в тексті нової Конституції способів реалізації інституційної установчої влади в майбутньому, а саме чітких механізмів внесення змін до Конституції України і прийняття нової Конституції, які би обов'язково передбачали процедури народної участі (народна конституційна ініціатива) і народної легітимації (затвердження на референдумі – для прийняття нової конституції і, можливо, для законопроектів про внесення змін до деяких розділів, подвійного вотуму із пронесенням через вибори – для внесення змін), а також продуманого механізму здійснення конституційного контролю за законопроектами про внесення змін до Конституції.

Висновки до розділу 4

1. Український конституціоналізм в історичному плані мав дві специфічні риси: 1) у зв'язку з відсутністю власної державності (крім коротких історичних періодів) він був тісно пов'язаний із перебуванням українських земель в складі різних держав; 2) власний український конституціоналізм розвивався або в короткі періоди державотворення, або ж в періоди відсутності власної держави і мав характер виключно суспільно-політичної програми (іноді спроби його втілення знаходили відображення шляхом різних форм і засобів політичної боротьби).

2. Конституція України передбачає затвердження змін до її I, III і XIII розділів саме на всеукраїнському референдумі, а вимога її ст. 5 вказує на виключне право визначення конституційного ладу виключно народом, проте сама Конституція при її прийнятті не пройшла цей легітимаційний шлях. Тому в майбутньому ми вважаємо за необхідне затвердити схвалений парламентом або установчими зборами текст безпосередньо на референдумі.

3. Проведене дослідження свідчить про концептуальну несформованість української наукової доктрини і офіційної доктрини КСУ щодо ролі, статусу і юридичної сили Декларації про державний суверенітет України 1990 року. При цьому про доктрину конституційного блоку щодо Акта проголошення незалежності і Декларації про державний суверенітет України або ж визнання їх як конституційних актів в юриспруденції КСУ говорити поки що зарано. Якщо ж в частині Декларації ми відверто виступаємо проти включення її до конституційного блоку, то щодо Акта проголошення незалежності прямий зв'язок із Конституцією є очевидним.

4. Широке розуміння установчої влади і її ототожнення з народним суверенітетом видається недостатньо обґрунтованим. В подальшому українська доктрина установчої влади має будуватися на відповідних концептах, які за-

вдячують своїй появі зародженню конституціоналізму в світі як такого і революційним подіям, передусім, у Франції XVIII ст. Вважаємо, що український концепт установчої влади має ґрунтуватися на фундаментальних розробках Е.-Ж. Сійеса, К. Шмітта, Р.Боннара, Е-В.Бокенфьорде, Й.Ізензее та інших вчених та має пов'язуватися передусім із процесом ухвалення Конституції та внесенням до неї змін. В українській юридичній науці вже зараз існує значна частина прихильників такої усталеної доктрини установчої влади. Доктрина установчої влади активно увійшла в практику конституційного судочинства завдяки рішенням КСУ від 11 липня 1997 року № 3-зп і від 3 жовтня 1997 року № 4-зп. Крім того, в українському контексті також варті уваги постусуверенні теорії (Е.Арато та інших вчених).

5. З формальної сторони, при прийнятті Конституції у 1996 році Верховною Радою України відбулася реалізація інституційної установчої влади - продовження конституційного континуїтету відповідно до конституції 1978 року. Існуючі факти свідчать на користь здійснення інституційної установчої влади ВРУ, яка ухвалила Конституцію України (на що «лише одноразово» її уповноважив народ) при прийнятті Конституції, тому виглядає так, що конституційний континуїтет був збережений. При цьому одним із суттєвих недоліків у 1996 році, на наш погляд, було те, що був повністю збережений континуїтет двох чинних органів влади: Президента і Верховної Ради України.

6. Питання забезпечення стабільного і динамізму є наріжним каменем будь-якого конституційного дизайну. Конституція України, вочевидь, належить до жорстких конституцій. Більше того, в Конституції міститься те, що ми називаємо, слідом за Р.Діксон і Д.Ландау, багаторівневим конституційним дизайном: тобто дві різні жорсткі процедури внесення змін, одна з яких захищає найбільш важливі положення (процедура змін I, III і XIII розділу). Водночас практика доводить, що формальна жорсткість іноді посилюється за рахунок активного втручання КСУ при здійсненні попереднього або наступ-

ного конституційного контролю за законами про внесення змін до Конституції або, навпаки, пом'якшується за рахунок його ж висновків, зроблених в практиці щодо того ж попереднього або наступного контролю.

7. Сьогодні, за умов існування проєкту про внесення змін щодо народної ініціативи (проєкт від 29.08.2019 № 1015), можна ставити питання і про запровадження народної конституційної ініціативи. Водочас для цього потрібно вносити зміни до розділу XIII і, скоріш за все, розділу III Конституції України.

8. Положення чинної ч. 3 ст. 5 Конституції, що була запропонована в останній момент, не змогла змінити тенденцію до нахилу в бік парламентського способу внесення змін до Конституції із суттєвою роллю Президента. Як наслідок, виникає конфлікт між процедурою, яка знайшла своє відображення в розділі XIII Конституції, і статтею 5, що закріплює «виключне» право народу змінювати конституційний лад. Цю суперечність, що виникла між ч. 3 ст. 5 і процедурою, визначеною у розділі XIII Конституції, можна вирішувати по-різному. Як на нас, нинішня модель затвердження змін на референдумі лише до розділів I, III, XIII потребує виправлення самої ч. 3 ст. 5, а не коригування розділу XIII і зміни процедури внесення змін. Тому більш плідною видається повна відмова від формулювання ч. 3 ст. 5. Якщо ж ми не в змозі на даному етапі відмовитися від формулювання ч. 3 ст. 5 Конституції України, то існує декілька варіантів, які могли би бути застосовані зі збереженням чинної редакції ч. 3 ст. 5 КУ і полюгають у необхідності здійснення судового тлумачення. Перший із них стосується визнання ідеї єдності конституційної матерії в аспекті багаторівневого дизайну як такого із акцентом на гарантуванні народного волевиявлення. Другий – розмежування змін і визначення нового конституційного ладу. Третій – критерію для прийняття нової конституції (матеріальне обмеження установчої влади).

9. Потребують корегування положення чинної Конституції щодо узурпації, оскільки лише право визначати і змінювати конституційний лад «не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами» - ч. 3 ст. 5 КУ, а ч. 4 ст. 5 КУ вказує на те, що ніхто не може узурпувати саме державну владу. Якщо розуміти право визначати і змінювати конституційний лад в аспекті внесення змін і прийняття конституції, то прямої заборони на узурпацію народного суверенітету третіми особами (не державою, її органами чи посадовими особами) в цілому ми не побачимо. Адже слово «ніхто» фігурує лише щодо ч. 4 ст. 5, а не ч. 3 ст. 5 КУ. Натомість в зарубіжних країнах (Франція, Греція тощо) традиційно заборона узурпації пов'язується із народовладдям в цілому, не виокремлюючи для цього якесь особливе право «визначати і змінювати конституційний лад». Ми пропонуємо переглянути відповідне формулювання ч. 3 і ч. 4 ст. 5 Конституції України і заборонити узурпацію саме народного суверенітету.

10. В Україні до всього тексту, крім розділів I, III, XIII, застосовується механізм подвійного вотуму. Як на нас, нинішні вимоги подвійного вотуму явно недостатні і потребують коригування і вдосконалення. Ми підтримуємо ідею щодо запровадження розпуску парламенту як обов'язкової стадії внесення змін до Конституції і вона має бути розглянута як перспективна для впровадження при реформуванні чинного Основного Закону.

11. Незмінювані положення експліцитно закріплені у ст. 157 і 158 Конституції України. Вони носять матеріальний і процедурний характер. Причому у випадку процедурної незмінюваності ми бачимо певні часові вимоги, тобто вона може бути пов'язана із певними проміжками часу. Йдеться також не про конкретні незмінювані норми, а про принципи, на відповідність яким мають перевірятися зміни. В частині ж багаторівневого конституційного дизайну (Р.Діксон і Д.Ландау), використовується підхід щодо встановлення різних порядків для внесення змін до конкретних розділів. Українська консти-

туція використовує цю модель, на додачу до фіксації незмінюваних положень, розмежовуючи різні порядки внесення змін до I, III і XIII розділів і до всього іншого тексту Конституції. Експліцитно визначені в Конституції матеріальні незмінювані положення мають подвійне закріплення: як незмінювані положення і як окремі принципи, що вказуються у інших положеннях конституції. Саме тому при тлумаченні їх змісту і значення в якості незмінюваних цілком доречно звертати увагу на їх значення і роль в інших статтях конституції.

12. В Україні незмінюваним принципом є територіальна цілісність. Вочевидь, причини появи цієї норми була в тому, що для українського народу незалежність і територіальна цілісність має неабияку цінність і пов'язана із реальним виживанням. Ми наголошуємо, що помилкою було би в умовах тимчасової окупації розглядати всерйоз кейс 2014 року як легітимне рішення про незалежність «народу Криму», як і пізніший кейс 2022 року з квазі «референдумами» в тимчасово окупованих Росією територіях Донецької, Луганської, Херсонської і Запорізької областей. На наш погляд, зовнішня загроза українській «формули вічності» не є достатньою підставою для відмови від самої формули або її зміни чи визнання неефективною. Рух на деокупацію території і є практичним втіленням цієї формули в реальному житті, захистом принципу легітимності від грубого «права сили» хоч який би важкий цей шлях не був. Боротьба України за територіальну цілісність через напад РФ у 2022 році якраз і стала результатом важливого значення відповідного принципу, закріпленого в Конституції, а український досвід однозначно має призвести до майбутніх переоцінок у світі надмірно широких правових меж, що дозволяють легковажне ставлення до принципу територіальної цілісності.

13. З точки зору конституційного контролю за реалізацією установчої влади, то наразі в Україні він існує в формі попереднього (предувального, а priori) і наступного (подальшого, а posteriori) контролю за внесенням змін до

Конституції України. Щодо наступного, то він прямо не врегульований, проте КСУ визнав за собою право його здійснювати, причому як з точки зору формального (дотримання процедури внесення змін), так і матеріального контролю (рішення від 1 листопада 2022 року № 2-р/2022). Попередній контроль передбачає надання відповідного висновку на відповідність змін статтям 157-158 Конституції України.

14. Механізм звернення до КСУ щодо надання висновку про відповідність проекту внесення змін до Конституції ст. 157 і 158 не є ідеальним і має свої недоліки. Справа в тому, що таке звернення, незважаючи на наявність самого законопроекту, тобто офіційної ініціативи про внесення змін до Конституції, може не бути направлене до КСУ, що призведе до блокування всього процесу внесення змін. Крім того, КСУ у рішенні від 9 червня 1998 року КСУ пояснив, що висновок має бути вже перед розглядом у парламенті. Тим самим КСУ фактично зробив парламент «господарем» законопроекту про внесення змін, «забравши» його у автора – суб'єкта конституційної ініціативи. Із початкового вирішення цього фундаментального питання КСУ випливають, на наш погляд, ті проблеми, які потім виникли при конституційному реформуванні, головним чином, починаючи з 2003-2004 років.

15. Стосовно законопроектів, які направлялися Верховною Радою України для надання висновку Конституційному Суду України, то за всі роки надано вже декілька десятків висновків на законопроекти про внесення змін до Конституції України щодо відповідності її статтям 157-158. У висновках КСУ ніколи не йшлося про скасування прав, посягання на територіальну цілісність чи незалежність. Натомість саме крізь призму обмежень прав людини КСУ зазвичай встановлює суперечність запропонованих змін ст. 157 Конституції України. При цьому часто йдеться часто про досить широке розуміння обмежень: КСУ їх вбачає, зокрема, і в змінах, що стосувалися повноважень і статусу органів державної влади. У висновках КСУ часто йшлося

про досить опосередковані обмеження прав людини. Причому Суд часто використовує конструкцію «можуть призвести до обмеження прав», «опосередковано може призвести до обмеження права», а не констатує факт обмеження прав пропонованими змінами. В останньому випадку остаточний висновок може бути як в констатації відсутності порушень вимог ст. 157-158 і формування виключно «застережень» КСУ. Доволі неоднозначними є підходи КСУ до інтерпретації вимог статті 158 Конституції України в частині воєнного або надзвичайного стану, а також стосовно тлумачення вимоги щодо подання законопроекту, який вже розглядався, не раніше ніж через рік з дня прийняття рішення щодо цього законопроекту.

16. З одного боку, КСУ може обмежити демократичне обговорення, надаючи негативні висновки на законопроекти про внесення змін до КУ. Водночас в цілому на шальці терезів переваги контролю з боку КСУ переважають, він є скоріше корисним і таким, що сприяє ідеї обмеження влади. Водночас потрібне упорядкування самого механізму перевірки з боку КСУ на відповідність статтям 157-158 законопроекту про внесення змін до КУ. Водночас ідея правової визначеності вимагає розуміння чітких наслідків, які тягнуть висловлені застереження з боку КСУ щодо законопроекту про внесення змін до Конституції, а сам інститут застережень має бути реформований. Також необхідним в реальній практиці попереднього (передувального) контролю КСУ за відповідними законопроектами більш широке врахування досвіду транснаціонального конституціоналізму (в розумінні Р.Діксон і Д.Ландау).

17. При визнанні неконституційною законодавчої заборони розглядати закони про внесення змін до Конституції (рішення від 26.06.2008 року № 13-рп/2008) КСУ пішов по формальному шляху – визнав закони про внесення змін до Конституції України різновидом звичайних законів. Проте насправді це не так, адже у ст. 85 КУ, де вказуються повноваження ВРУ, розмежовується внесення змін до Конституції (п.1) і прийняття законів (п. 3). Натомість

кращою аргументацією ми вважаємо визнання установчої природи законів про внесення змін до Конституції і виведення свого повноваження щодо контролю за ними як імпліцитного, із посиланням саме на установчу владу, на кшталт того, що зробили свого часу деякі зарубіжні органи конституційного контролю (частково ця аргументація вже присутня у рішенні КСУ від 01.11.2022 р. № 2-р/2022).

18. Аргументація рішення КСУ від 30 вересня 2010 року має чотири ключові недоліки: 1) відсутність зв'язку із матеріальним правом (тобто відсутність будь-яких намагань оперувати ідеєю єдності конституційної матерії); 2) відсутність адекватної концепції інституційної установчої влади; 3) ігнорування оцінки аргументів французького та інших органів конституційного правосуддя, що виступали проти такого контролю, достатньої поваги до конституцієдавця, а також правової стабільності і визначеності; 4) відсутність адекватного розуміння наслідків рішення, передусім, в аспекті відновлення попередньої редакції. Крім того, формальні аргументи могли би бути розширені за рахунок ідеї зв'язаності ініціативою, а також оцінки порушення вимог ч. 1 ст. 158 Конституції. Відсутність обґрунтування відходу від попередньої позиції видається нам теж важливим аргументом для критики відповідного рішення КСУ. Крім того, на нашу думку, КСУ замість відновлення тексту Конституції 1996 року міг би використати інші засоби уникнення прогалин (відтермінування неконституційності в часі або набрання чинності, вказівка на необхідність усунення порушення в певний період часу), використавши право вказати в рішенні на особливий порядок виконання. Це все може охоплюватися правом КСУ встановити порядок виконання свого рішення.

19. Зайва експліцитизація і регулювання наступного контролю за законами про внесення змін до Конституції, намагання підігнати діяльність КСУ в цьому плані під суворі вимоги ч. 2 ст. 19 Конституції, видаються занадто спрощеним вирішенням проблеми. При цьому країни, де пішли шляхом дета-

льного врегулювання цього питання, скоріше нагадують авторитарні популістські режими. Їх мета – ухвалити зміни до Конституції, які ніхто б не міг поставити під сумнів, із цією метою діяльність КС щодо контролю за внесенням змін до конституції суттєво обмежується процедурними нормами, які йому зв'язують руки і гарантують владі, що конституційні зміни не зможуть бути поставлені під сумнів і визнані неконституційними. Це яскраво демонструє приклад Угорщини. Водночас пропозиції відповідного закріплення з точки зору цінності правової визначеності безумовно варті уваги (якщо ми презюмуємо чесність з боку тих, хто буде застосовувати ці або аналогічні їм правила). Причому в рамках нинішньої офіційної конституційної юриспруденції КСУ пішов по шляху визнання можливості наступного (подальшого) контролю і жодними строками і обставинами в цьому плані вирішив себе не обмежувати (рішення від 01.11.2022 № 2-р/2022).

20. Важливим є не тільки вирішення питання про право наступного контролю, а також питання його наслідків, яке у 2010 році було найпринциповішим. Це питання може бути навіть предметом конституційного регулювання. Такі правила прямо прописані в Конституції Португалії. На наше переконання, їх можна взяти до уваги, зокрема, в контексті використання відповідного досвіду в Україні. Відновлення попередньої редакції має бути правом КСУ, проте він має балансувати його здійсненні в кожному конкретному випадку з іншими цінностями, повагою до інституційної установчої влади, використовувати також і інші способи уникнення прогалин.

21. Незрозуміло як проведення референдуму щодо визначення волі народу про прийняття Конституції (рішення КСУ від 27 березня 2000 року N 3-рп/2000) узгоджується із відсутністю регулювання відповідної процедури в самій КУ щодо як самого з'ясування такої волі, так і подальших кроків, якщо така воля буде з'ясована позитивно. Необхідність подібного референдуму в рамках дотримання процедурного континуїтету виглядає абсурдною, оскільки

ки при врегулюванні процедури прийняття нової конституції потрібно буде, як на нас, вносити зміни до розділу XIII, що мають затверджуватися на всеукраїнському референдумі. Тим самим народ дасть свою згоду на потенційне прийняття нової конституції за встановленою процедурою. Подальші ж кроки будуть залежати від процедури, що буде конституціоналізована. Питання про з'ясування волі народу характерне було, до прикладу, в Іспанії та інших країнах, де здійснювалася т.з. передумовна влада, тобто коли на референдумі «запускалася» конституційна реформа шляхом надання згоди на її здійсненням парламентом, скликання Установчих зборів, обмеження органу установчої влади певними питаннями (Франція, Італія, Венесуела тощо). В деяких випадках на референдум додатково виносилося питання про ратифікацію прийнятого представницьким органом тексту (класичний кейс із подвійним референдумом – Іспанія). Що ж до України, то, як на нас, тут КСУ сформулював якраз ідею такої передумовної влади і єдиний випадок, коли вона могла би знадобитися – це гіпотетичний розрив континуїтету при прийнятті нової конституції, який мав би компенсуватися легітимністю такого референдуму зі здійснення передумовної влади. Проте формулювання певних вимог при розриві континуїтету – більш рекомендаційна річ. Первісна установча влада не може вважатися необмеженою, у тому числі в процедурному плані, проте побідного роду вимога (щодо попереднього з'ясування волі народу на референдумі) не є усталеною, можуть існувати багато інших механізмів легітимації відповідних процесів. В якійсь мірі при такому тлумаченні позиція КСУ водночас і досить прогресивна, і спірна одночасно.

22. Рішення КСУ від 5 жовтня 2005 року N 6-рп/2005 є спірним з тих позицій, що КСУ зв'язав здійснення визначення конституційного ладу із референдумом, проте не назвав цей референдум ратифікаційним (а у 2008 році вказав, що це має бути референдум за народною ініціативою). Тобто виходить так, що КСУ наперед зв'язує інституційну установчу владу при форму-

люванні майбутнього порядку ухвалення нової конституції своїм тлумаченням, і для дотримання вимог ч. 3 ст. 5 КУ достатньо просто прийняти конституцію на референдумі (при тому, що сам по собі референдум в чистому вигляді для цих цілей майже ніколи не застосовується, тим більше як результат народної ініціативи).

23. КСУ в рішенні від 16 квітня 2008 року № 6-рп/2008 згадує про прийняття нової Конституції України (нової редакції), а у 2009 році, Президент вніс до парламенту свій проєкт закону про внесення змін до Конституції шляхом викладення її в новій редакції. Як на нас, викладення в новій редакції є більш традиційним способом внесення змін до законів, а для Конституції цей механізм має бути неприйнятним. При реформуванні (шляхом повного перегляду) має ухвалюватися саме нова конституція, а не нова редакція. Випадки викладення конституції в новій редакції, які на сьогодні вже мали місце в Киргизстані і Узбекистані, обумовлені національною традицією і, на наш погляд, не мають бути взірцем в цьому плані.

24. КСУ в усіх рішеннях, тлумачачи ст. 5, пише про нову конституцію виключно в процедурному плані і жодним чином не вказує на матеріальні межі влади народу при прийнятті нової майбутньої Конституції. Не вказував на ці межі КСУ і у рішенні від 3 жовтня 1997 р. щодо обмеження установчої влади при прийнятті самої Конституції України. Це вкрай важливий момент, оскільки деякі конституції, врегульовуючи процедуру прийняття нової конституції, встановлюють матеріальні межі для нового основного закону (наприклад, Швейцарія). Формально в цей ряд українську конституцію не можна поставити, оскільки максимально абстрактна ч. 3 ст. 5 залишає повну невизначеність як щодо власне процедури, так і щодо матеріальних меж визначення конституційного ладу. Не допомогли в цьому відношенні і тлумачення КСУ з цього приводу (рішення 2005 і 2008 років).

25. Для ухвалення нової конституції із дотриманням чинної процедури (процедурного континуїтету) потрібно виконати одну умову – передбачити такий порядок в Конституції України і лише потім врегулювати певні процедурні особливості у законі (це впливає з юридичних позицій КСУ 2005 і 2008 рр.). Сам же порядок, заснований виключно на референдумі за народною ініціативою, не є коректним; ми наполягаємо на закріпленні моделі: прийняття Установчими зборами або парламентом і лише потім затвердження на референдумі.

26. В Україні спроби розриву конституційного континуїтету періодично виникали в різних варіантах. Перший – 2000 рік і намагання через референдум провести питання про право приймати нову конституцію на референдумі. Другий – законопроект Президента Ющенка 2009 року про викладення конституції в новій редакції від 31 березня 2009 року за № 4290. Третій – численні законопроекти про Конституційні асамблеї або Установчі збори, що мали би прийняти нову конституції. Четвертий варіант – законодавство про референдум, яке би дозволяло прийняти нову конституції на референдумі. Така спроба була здійснена у 2012 році, але згодом КСУ визнав цей закон неконституційним (Рішення від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018). П'ятий – численні конституційні ради, конституційні асамблеї та комісії, що створювалися указами Президента (хоч і в даному випадку спрямування їх діяльності саме на розрив процедурного континуїтету не є завжди очевидним).

27. Спроби вплинути на конституційний процес з боку Президента здійснювалися шляхом створення таких дорадчих органів при Президентів України, як: Національна конституційна рада (Указ ПУ від 27 грудня 2007 року № 1294/2007), Конституційна асамблея (Указ ПУ від 17 травня 2012 року № 328/2012), Конституційна комісія (Указ ПУ від 3 березня 2015 року № 119/2015), Комісія з питань правової реформи (Указ ПУ від 7 серпня 2019 року № 584/2019). З одного боку, це нормальний процес, в якому можуть взяти

участь фахівці, а органи влади отримують допомогу від науковців. Та, з іншого боку, в жодному разі такі органи не можуть використовуватися для фейкової легітимації вже прийнятих рішень, оскільки це завдасть непоправну шкоду конституційній демократії.

28. Вимога про те, що «Члени Конституційних Зборів України не мають права балотуватися, бути обраними до Національних Зборів України першого після прийняття цієї Конституції скликання» (проект В. Речицького) видається недоцільною з огляду на досвід Франції після 1791 року із цього питання.

29. Пропонується в майбутньому ухвалення конституції представницьким органом їх подальшим затвердженням референдумом. Прийняття нової конституції має відбуватися після внесення змін до чинної і врегулювання відповідного порядку. Питання нової конституції може постати вже після успішного завершення відбиття російської агресії. Адже Конституція України, на наше глибоке переконання, потребує системного оновлення. Прийнятним виходом в Україні була би нова конституційна реформа, проведена із дотриманням існуючої процедури, і яка би дозволила все почати «із чистого аркушу», «стерти» з конституційного тексту шлейф подій 2004, 2010 і 2014 років, а також усунути ті недоліки, які є очевидними з урахуванням періоду дії Конституції. Важливим питанням було би також втілення в тексті нової Конституції способів реалізації інституційної установчої влади в майбутньому, а саме чітких механізмів внесення змін до КУ і прийняття нової Конституції, які би обов'язково передбачали процедури народної участі (народна конституційна ініціатива) і народної легітимації (затвердження на референдумі – для прийняття нової конституції і, можливо, для законопроектів про внесення змін до деяких розділів, подвійного вотуму із пронесенням через вибори – для внесення змін), а також продуманого механізму здійснення конституційного контролю за законопроектами про внесення змін до Конституції.

ВИСНОВКИ

У дисертації здійснено теоретичне узагальнення і запропоновано розв'язання наукової проблеми, що полягає у розробці сучасної доктрини конституції як акта установчої влади, встановленні меж здійснення установчої влади, з'ясуванні специфіки реалізації доктрини конституції як акта установчої влади в Україні, а також наданні науково обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення процедури внесення змін до Конституції України і процедури прийняття нової Конституції України. В результаті сформульовано такі висновки і пропозиції.

1. Підсумок історичної еволюції конституції, поняття і реальна практика якої сформувалася у XVII-XVIII ст., можна узагальнити шляхом виокремлення двох аспектів, які містяться в понятті конституції: конституція у матеріальному значенні і конституція у формальному значенні. Причому матеріальна конституція – це не соціальні сили і відносини, а саме норми права, які не мають такої ознаки як найвища юридична сила, проте ключовим є їх предмет. Конституція у формальному значенні – документ із найвищою юридичною силою. Ми виокремлюємо дві моделі зв'язку матеріальної і формальної конституції. Перша – у формальному джерелі під назвою «конституція» можуть міститися деякі положення, які не належать до матеріальної конституції. Друга – матеріальна конституція є ширшою за формальну. Обидва випадки можуть доповнювати один одного, а другий взагалі можна вважати загальним правилом.

2. Писана конституція (за наявності) має тлумачитися у зв'язку із неписаними принципами обмеженого правління. Нейтральний підхід до писаного документа (конституції у формальному значенні) – данина позитивізму, адже позитивізм якраз і полягає у виведенні права за межі морального оцінювання. Ми підтримуємо стосовно сьогодення використання матеріального значення

конституції виключно як ціннісного і наполягаємо на ключовому призначенні конституції – обмеженні влади.

3. Головні причини, які обумовили необхідність писаної форми конституції і виникнення її формального розуміння, є такими. По-перше, це реакція на абсолютизм і намагання обмежити суверенну владу монарха. По-друге, це еволюція від звичаю до писаного права. По-третє, це розвиток раціоналізму.

4. Ідея багатотекстовості, несистематизованості, доктрина конституційного блоку для конституцій у формальному значенні, що мають найвищу юридичну силу, є важливою з огляду на те, що деякі її елементи не є класичними актами установчої влади (декларації про незалежність), і самі вже накладають на класичну установчу владу ряд обмежень. Ключову роль у формуванні саме конституційного блоку може мати акт під назвою «конституція», яка перераховує інші елементи конституційного блоку. Проте важливу роль відіграє саме судова практика, що «засновує» з часом конституційний блок, ґрунтуючись на тексті конституції (саме це відбулося у Франції і Молдові).

5. Основна ідея і вимога до конституції – нормативність, яка розуміється також ціннісно, з огляду на вимоги обмеження влади і її поділу. Така нормативність може вважатися ключовою ідеєю, якій має відповідати конституція і її невиконання буде означати відсутність реального (органічного) конституціоналізму. Саме на створення нормативної конституції (за К. Льовенштайном) і має бути спрямована установча влада, її цілі і завдання.

6. Існують два ключових підходи щодо легітимності конституції. Перший полягає у тому, що легітимність як така ґрунтується на принципі ефективності. Другий підхід охоплює різні позитивні конструкції. За другого підходу легітимність становить моральну вимогу, що набуває юридичного значення і відбувається (умовно) апеляція до природного права в широкому сенсі, а не права позитивного. Один із них пов'язаний із установчою владою, тобто коли процес появи конституції сам по собі важливий, він забезпечує її

сприйняття як обов'язкової в соціологічному розумінні, але він також важливий для права: виникнення конституції із порушенням певних засад означає її юридичну нелегітимність і нечинність. Можливий також компромісний підхід між принципом ефективності і природно-правовим підходом до легітимації, що намагається їх в тій чи іншій формі поєднати між собою і частково втілюється в постсуверенних теоріях. Ці теорії створюють інтегративний підхід до легітимності конституції, оскільки намагаються використати всі існуючі засоби і процедури легітимації: принцип ефективності із тимчасовими конституціями, легітимацію через зміст, договірні елементи, постійно відтворювану легітимність через неформальні зміни конституції, і, звичайно, через класичні процедури установчої влади як такої.

7. Установчою владою є сукупність таких вимог демократичної неопозитивної легітимності, що засновані на процедурах прийняття і внесення змін до конституції народом. Ця сукупність вимог є достатньо усталеною, щоб визнати її нормативною вимогою (якщо право не зводить до позитивізму і писаної форми). Вона має свої власні процедури, механізми здійснення і обмеження, що накладаються на неї.

8. Поділ установчої влади на оригінарну (первинну) і інституційну (вторинну) може бути додатково уточнений і розвинений. Слід розмежувати в рамках інституційної установчої влади внесення змін і повний перегляд; класифікувати здійснення установчої влади на таку, що відбулася із дотриманням процедурного континуїтету або без такого. Із дотриманням процедурного континуїтету можна виокремити повний перегляд і зміни. Без його дотримання: прийняття конституції і внесення змін (конституційна революція).

9. Постсуверенну теорію можна вважати критичною по відношенню до дезиціоністської теорії, але не до установчої влади в цілому. Юридична теорія постсуверенної установчої влади, сучасним представником, якої є Е.Арато та інші вчені (П.Розанвалон і його теорія демократичної легітимнос-

ті; М.Розенфельд і його концепція ідентичності конституційного суб'єкта, а також «pacted constitution-making», тобто модель, засновану на пакті; М. Лафлін і його реляційний варіант тлумачення установчої влади), є критичною по відношенню до традиційної версії суверенної установчої влади. Постсуверенні теорії демонструють важливість динамічного аспекту – тобто реальної дії конституції, яка забезпечується різними суб'єктами. Хоч ми і підтримуємо цю модель в багатьох її елементах, вважаємо, що вона може лише доповнювати традиційну модель певним набором гарантій.

10. Доцільно виокремлювати формальний і матеріальний аспекти континуїтету. У формальному значенні йдеться про дотримання попереднього права з точки процедурних аспектів при прийнятті нових норм, створенні нової конституції або внесенні змін до чинної. У матеріальному значенні континуїтет прив'язаний до певних принципів (конституційної традиції). Що стосується формального аспекту, то йдеться виключно про дотримання процедури ухвалення нової конституції. Якщо вона дотримується – формальний континуїтет зберігається, якщо ні, – то він втрачається і відбувається розрив. Також варто виокремити матеріальний континуїтет щодо принципів і норм. Незалежно від дотримання формальних правил щодо прийняття тексту конституції, певні ключові положення можуть зберігатися, тому щодо таких положень зберігається змістовний континуїтет. Може бути і протилежна ситуація – дотримання формального континуїтету при прийнятті конституції або внесенні змін до чинної може сутнісно позначати повний розрив із попередніми принципами. Процедурним розривом континуїтету буде вважатися прийняття нової конституції, якщо в попередній конституції це питання (прийняття такої нової конституції) не було врегульовано. Причому процедура внесення змін не може бути витлумачена як процедура прийняття нової конституції. Якщо в конституції йдеться лише про зміни або частковий перегляд, а не прийняття нової конституції (повний перегляд, як варіант – нова редакція

конституції), то ухвалення нової конституції із дотриманням формального конституційного континуїтету неможливе. Формальний підхід має і свої недоліки – зміни можуть бути настільки радикальні, що створить досить суттєвий розрив континуїтету у змістовному значенні при збереженні континуїтету формального.

11. Багаторівневий конституціоналізм – це досить складний взаємовплив різних національних і наднаціональних систем, який має таку ієрархію: субнаціональний, національний і наднаціональний рівень. Прикладом наднаціонального конституціоналізму є правова система ЄС, де виникає питання щодо визнання статусу його установчих договорів як конституції, перспективи ухвалення нового «договору про конституцію», а також питання про наявність в нинішньому ЄС установчої влади. Вважаємо, що намагання використовувати конструкції установчої влади в рамках ЄС ще до того моменту, поки ми визнаємо його як мінімум федеративною державою, занадто поспішні.

12. Оригінарна установча влада є обмеженою. Водночас, з урахуванням наявності обмежень, існує певна свобода розсуду, яка є в рамках суверенних повноважень народу щодо здійснення установчої влади. Обмеження первинної установчої влади пов'язуються із ідеєю над конституційності, яку варто використовувати для характеристики меж установчої влади, пов'язаних із природним і міжнародним правом, але не включати до поняття надконституційності власне експліцитно виражені у самій конституції незмінювані положення (які є ніби внутрішньо конституційними обмеженнями і достатньо дискреційними в кожній національній конституційній системі). Обмеження установчої влади виникають і діють у тих випадках, коли органи установчої влади зіштовхуються з іншими видами легітимності, що існують в правовому порядку як зовні (міжнародне право), так і в середині (природно-правова, звичаєва легітимація). Обмеження також накладає сама суть установчої влади, тобто це обмеження, пов'язані із внутрішньою природою самого явища.

Це певне мінімальне демократичне ядро, яке має бути присутнє у процесі здійснення установчої влади. Йдеться про необхідність встановлення базових принципів конституційного порядку, форми правління, устрою тощо, легітимованого народом (прямо або опосередковано) і з повагою до прав людини. Це можна також назвати вимогами матеріальної конституції. Крім того, оригінарна установча влада накладає обмеження вже сама на інституційну установчу владу.

13. Обмеження установчої влади (як первинної, так і інституційної) можуть бути: матеріальні (змістовні) і процедурні; зовнішні по відношенню до установчої влади (міжнародне право, акти проголошення незалежності, природні права людини, звичай, тимчасові конституції) і внутрішні (що встановлені первиною установчою владою – для вторинної установчої влади, наприклад, незмінювані положення).

14. Незмінювані або вічні положення («*unamendable provisions*», «*eternity clause*», «*absolute entrenchment*» (англ.), «*Ewigkeitsgarantie*» (нім.), «*immutable clauses*» (ісп.)) визначаються нами вузько, тобто як абсолютно незмінювані (а не як форму багаторівневого дизайну). Змістовне наповнення формули незмінюваності може еволюціонувати за допомогою практики її застосування (формуванні звичаю) або судового тлумачення. Це відбувається в процесі судового контролю за внесенням змін до конституцій або в інших справах, які розглядають конституційні або верховні суди. Встановлення незмінюваних положень – суверенне право установчої влади (із врахуванням тези про обмеженість самої оригінарної установчої влади).

15. Судовий перегляд (розгляд, контроль) змін до конституції сьогодні в світі можуть здійснювати залежно від специфіки моделі судової системи звичайні суди (як правило, верховні) або конституційні суди (з урахуванням відмінностей у назвах органів конституційної юрисдикції в різних країнах – конституційні трибунали тощо). Така перевірка (перегляд) може включати

два аспекти. Перший – змістовний (матеріальний), тобто наскільки зміни відповідають матеріальним (substantive) обмеженням, встановленим в конституції (або таким, що імпліцитно з неї випливають). Другий аспект – процедурний (формальний), тобто наскільки були дотримані вимоги до процедури внесення змін, яка встановлена в конституції. У правовій доктрині і в практиці органів конституційного контролю різних країн сформувалось два підходи щодо права органу конституційного контролю розглядати закони щодо внесення змін до Конституції (наступного конституційного контролю). Практика одних країн це право підтверджує (Індія, Колумбія, Молдова, Литва тощо), а практика інших – заперечує (Франція, Бельгія, Мексика тощо). Як правило, це залежить від активізму чи самообмеження самого суду і впливає з правової доктрини відповідної країни.

16. Неформальні зміни конституції визнаються як об'єктивна межа можливостей установчої влади, а не як похідна установча влада. Тобто це ті межі, із якими писана конституція взаємодіє в процесі свого функціонування у вигляді матеріальної конституції. Наріжний камінь теорій установчої влади, у тому числі постсуверенних, стосується акта формального конституцієтворення у вигляді писаного тексту, але за умови процесуалізації цього процесу, дотримання континуїтету тощо. Надмірне ж розмивання самої установчої влади зробить її здійснення і реалізацію надто громіздкою доктриною. Динамічна легітимність, у тому числі, за рахунок судової практики, може підтримувати класичну демократичну легітимність, проте не стати її повноцінною частиною.

17. З формальної сторони, при прийнятті Конституції у 1996 році Верховною Радою України відбулася реалізація інституційної установчої влади – продовження конституційного континуїтету відповідно до конституції 1978 року. Існуючі факти свідчать на користь здійснення інституційної установчої влади Верховною Радою, яка ухвалила Конституцію України (на що «лише

одноразово» її уповноважив народ) при прийнятті Конституції. Виглядає так, що конституційний континуїтет був збережений. Водночас одним із суттєвих недоліків у 1996 році, на наш погляд, було те, що був повністю збережений континуїтет двох чинних органів влади: Президента і Верховної Ради України.

18. Нинішня модель затвердження змін на референдумі лише до розділів I, III, XIII потребує виправлення самої ч. 3 ст. 5 Конституції, а не коригування розділу XIII і зміни процедури внесення змін. Також можлива повна відмова від формулювання ч. 3 ст. 5 Конституції України. За умови ж його збереження існує також декілька варіантів, які могли би бути застосовані для збереження ч. 3 ст. 5 в тому чи іншому вигляді. Перший із них стосується єдності конституційної матерії, багаторівневого дизайну як такого із акцентом на гарантуванні народного волевиявлення. Другий – розмежування зміни і визначення нового конституційного ладу. Третій – критерію для нової конституції (матеріальне обмеження установчої влади).

19. Нинішні вимоги подвійного вотуму для внесення змін до Конституції України є явно недостатніми і потребують коригування і вдосконалення. Також потребує розгляду питання про народну конституційну ініціативу, що вимагає внесення зміни до розділу XIII (і, бажано, до розділу III). Потребує коригування і регулювання заборони узурпації, оскільки право визначати і змінювати конституційний лад «не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами» – ч. 3 ст. 5 Конституції України. При цьому ч. 4 Конституції України вказує на те, що ніхто не може узурпувати саме державну владу. Якщо розуміти право визначати і змінювати конституційний лад в аспекті внесення змін і прийняття конституції, то прямої заборони на узурпацію народного суверенітету третіми особами (не державою, її органами чи посадовими особами) в цілому ми не побачимо, оскільки термін «ніхто» фігурує лише щодо ч. 4 ст. 5, а не ч. 3 Конституції України. Натомість в

зарубіжних країнах (Франція, Греція тощо) традиційно заборона узурпації пов'язується із народовладдям в цілому. Ми пропонуємо переглянути відповідне формулювання ч. 3 і ч. 4 ст. 5 Конституції України і заборонити узурпацію саме народного суверенітету.

20. Помилкою було би в умовах тимчасової окупації розглядати всерйоз кейс 2014 року як легітимне рішення про незалежність «народу Криму», як і пізніший кейс 2022 року з квазі «референдумами» в тимчасово окупованих Росією територіях Донецької, Луганської, Херсонської і Запорізької областей. Рух на деокупацію території і є практичним втіленням незмінюваного положення у вигляді засади територіальної цілісності в реальному житті, захистом принципу легітимності від грубого «права сили». Боротьба України за територіальну цілісність через напад росії у 2022 році якраз і стала результатом важливого значення відповідного принципу, закріпленого в Конституції. Український досвід однозначно має призвести до майбутніх переоцінок як в праві, так і в зарубіжній науці, надмірно широких правових меж, що дозволяють легковажне ставлення до принципу територіальної цілісності.

21. Механізм звернення до КСУ щодо надання висновку про відповідність проекту внесення змін до Конституції ст. 157 і 158 не є ідеальним і має свої недоліки. У рішенні від 9 червня 1998 року КСУ фактично зробив парламент «господарем» законопроекту про внесення змін, забравши його у автора – суб'єкта конституційної ініціативи. ВРУ приймає рішення про направлення проекту КСУ і може (це прямо дозволив КСУ) вносити поправки до проекту (які потім потрібно знову направити на розгляд до КСУ). Із початкового вирішення цього фундаментального питання КСУ впливають, на наш погляд, ті проблеми, які потім виникли при конституційному реформуванні, головним чином, починаючи з 2003-2004 років. Потребує упорядкування весь механізм перевірки з боку КСУ на відповідність статтям 157-158 законопроекту про внесення змін до

Конституції (питання меж такої перевірки, висловлення застережень з боку КСУ і їх правові наслідки). Ми виступаємо за ідею правової визначеності і необхідності розуміння чітких наслідків, які тягнуть висловлені застереження з боку КСУ щодо законопроєкту про внесення змін до Конституції.

22. Для української науки і юриспруденції КСУ варто сформулювати більш менш чітку доктрину із приводу наслідків визнання закону про внесення змін до Конституції неконституційним. Нам видається зайва експліци-тизація і регулювання наступного контролю за законами про внесення змін до Конституції, намагання підігнати діяльність КСУ в цьому плані під суворі вимоги ч. 2 ст. 19 Конституції занадто спрощеним вирішенням проблеми. Водночас пропозиції відповідного закріплення з точки зору цінності правової визначеності безумовно варті уваги (якщо ми презюмуємо чесність з боку тих, хто буде застосовувати ці або аналогічні їм правила). Важливим є не тільки вирішення питання про право наступного контролю, а також питання його наслідків, яке у 2010 році було найпринциповішим. Це питання може бути навіть предметом конституційного регулювання. Такі правила прямо прописані в Конституції Португалії і їх можна взяти до уваги, зокрема, в контексті використання відповідного досвіду в Україні. Таке відновлення має бути правом КСУ, проте він має балансувати його здійснення в кожному конкретному випадку з іншими цінностями, повагою до інституційної установчої влади, використовувати також і інші способи уникнення прогалин.

23. Намагання з боку КСУ відшукати механізм реалізації ч. 3 ст. 5 Конституції у ініціативному референдумі із прямим схваленням нової конституції поза процедурами представницької демократії виглядає недостатньо необ-грунтованим. Референдум має бути використаний для затвердження, а не для ухвалення конституції. Крім того, врегулювання прийняття конституції на референдумі в законодавчому порядку без попереднього внесення змін до самої Конституції, буде порушувати Конституцію і суперечити позиціям

КСУ. Для ухвалення нової конституції із дотриманням чинної процедури (процедурного континуїтету) потрібно виконати важливу умову – передбачити такий порядок в Конституції України і лише потім врегулювати певні процедурні особливості у законі. Оптимальним є закріплення такої моделі: прийняття Установчими зборами або парламентом і лише потім затвердження на референдумі.

24. Питання ухвалення нової Конституції може постати вже після успішного завершення відбиття російської агресії. Адже Конституція України, на наше глибоке переконання, потребує системного оновлення. Прийнятним виходом в Україні була би нова конституційна реформа, проведена із дотриманням існуючої процедури, і яка би дозволила все почати «із чистого аркушу», «стерти» з конституційного тексту шлейф подій 2004, 2010 і 2014 років. Важливим процесом було би також втілення в тексті реформованої Конституції способів реалізації інституційної установчої влади в майбутньому, а саме чітких механізмів внесення змін до Конституції України і прийняття нової Конституції, які би обов'язково передбачали процедури народної легітимації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. “Three Agreements of the People” (1647-49) URL: <https://oll.libertyfund.org/pages/oll-reader-72> (Last accessed: 01.06.2024)
2. 2022 proposed Political Constitution of the Republic of Chile URL: https://en.wikipedia.org/wiki/2022_proposed_Political_Constitution_of_the_Republic_of_Chile (Last accessed: 01.06.2024)
3. 2023 Chilean constitutional referendum URL: https://en.wikipedia.org/wiki/2023_Chilean_national_plebiscite (Last accessed: 01.06.2024)
4. Abat I Ninet A. Constitutional crowdsourcing : democratising original and derived constituent power in the network society. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2021. 192 p.
5. Acción De Inconstitucionalidad 168/2007 Y Su Acumulada 169/2007. URL: https://www.te.gob.mx/conacime/index.php/do_navegador/134
6. Ackerman B. We the people. 2. Transformations. Cambridge, Mass. : Belknap Press of Harvard University Press, 2000. 528 p.
7. Ackerman B. We The People. 3. The civil rights revolution. Cambridge, Mass. : Belknap Press of Harvard University Press, 2014. 432 p.
8. Ackerman B. We The People. I Foundations. Cambridge, Massachusetts London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. 370 p.
9. Albert R. Amending constitutional amendment rules. *International Journal of Constitutional Law*. 2015. Volume 13, Issue 3. pp. 655–685.
10. Albert R. Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions. Oxford: Oxford University Press, 2019. pp. 139–172.

11. Albert R. Constructive Unamendability in Canada and the United States. *Supreme Court Law Review*. 2014. Vol. 67. pp. 188-193.
12. Albert R. Introduction: The State of the Art in Constitutional Amendment. *The foundations and traditions of constitutional amendment / edited by Richard Albert, Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou*. Oxford; London : Hart Publishing; Portland, OR : Hart Publishing, 2017. P.11-22.
13. Albert R. The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules. *McGill Law Journal*. 2014. Vol. 59. Iss. 2. pp. 225—281.
14. Albert R., Oder B. E. (eds.) An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies. Cham: Springer, 2018. 390 p.
15. Albert R., Pal M. The Democratic Resilience of the Canadian Constitution. *Constitutional democracy in crisis? / edited by M. A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet*. New York, NY : Oxford University Press, 2018. pp. 117- 137.
16. Albert. R. Multi-Textual Constitutions. *Virginia Law Review. U of Texas Law, Legal Studies Research Paper*, 2023. URL: <https://ssrn.com/abstract=4355482> (Last accessed: 01.06.2024)
17. Alexe A. Original and Derived Constituent Power. Theoretical Approaches Conferința Internațională de Drept. *Studii Europene și Relații Internaționale*. 2015. Issue, No III. pp. 435-442.
18. Alexy R. Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg: Verlag Karl Alber, 1992. 216 s.
19. Algeria 2020 URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Algeria_2020 (Last accessed: 01.06.2024)
20. Allan T. R. S. The sovereignty of law: freedom, constitution, and common law. Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2013. 361 p.
21. Amending America's Unwritten Constitution. Edited by R. Albert, R. C. Williams, Y. Roznai. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. 240 p.

22. Amicus curiae Brief relating to the procedure for appointing to office and dismissing the Director of the National Anti-Corruption Bureau and the Director of the State Bureau of Investigation, adopted by the Venice Commission at its 134th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2023) URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2023\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2023)004-e) (Last accessed: 01.06.2024)
23. Anti-constitutional populism / edited by M. Krygier, A. Czarnota, W. Sadowski. Cambridge : Cambridge University Press, 2022. 549 p.
24. Arato A. Constitution making under occupation : the politics of imposed revolution in Iraq New York : Columbia University Press, 2009. 360 p.
25. Arato A. Post sovereign constitution making: learning and legitimacy. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016. 308 p.
26. Arato A. The adventures of the constituent power: beyond revolutions? Cambridge: Cambridge University Press, 2017. 467 p.
27. Arato A., Cohen J. L. Populism and Civil Society: The Challenge to Constitutional Democracy Oxford University Press, 2021. 318 p.
28. Arendt H. On Revolution. London: Penguin Books, 1990. 351 p.
29. Argenis S. Urdaneta G. Convocatoria de la Asamblea Constituyente URL: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/57/57-15.pdf> (Last accessed: 01.06.2024)
30. Aristotle. Aristotle on the constitution of Athens / edited by F.G. Kenyon. Buffalo, New York : William S. Hein & Co., 2010. xlvii, 229 p.
31. Aristotle. Athenian constitution ; the Eudemian ethics ; On virtues and vices. Getzville, New York: William S. Hein & Company, 2016. vii, 505 p.
32. Aristotle. The Athenian Constitution written in the School of Aristotle / with an introduction, translation and notes by P.J. Rhodes. Liverpool : Liverpool University Press, 2017. 441 p.

33. Armitage D. John Locke, Carolina, And The Two Treatises Of Government. *Political Theory*. 2004. Vol. 32 No. 5. pp. 602-627.
34. Articles of Confederation (1781) URL: <https://constitutioncenter.org/the-constitution/historic-document-library/detail/articles-of-confederation> (Last accessed: 01.06.2024)
35. Assmann A. Der europäische Traum: Vier Lehren aus der Geschichte. München: C.H.Beck, 2019. 224 s.
36. Baczko B. The Social Contract of the French: Sieyès and Rousseau. *The Journal of Modern History*. 1988. Vol. 60. pp. 98-125.
37. Bailyn B. The Ideological Origins of the American Revolution. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1992. 416 p.
38. Bakó B. Challenges to EU values in Hungary : how the European Union misunderstood the government of Viktor Orbán. Abingdon ; New York : Routledge, 2022. 242 p.
39. Barabash Y., Beinoravičius D., Valčiukas J. Invisible Constitution as an instrument of consolidation of nation and defence of democracy. *Insights into Regional Development*. 2022. vol. 4(3). Pp. 110-126.
40. Barabash Y., Berchenko H., Freedom of Speech under Militant Democracy: The History of Struggle against Separatism and Communism in Ukraine. *Baltic Journal of European Studies*. 2019. Vol. 9. No 3 (28). pp. 3-24.
41. Barak A. "A Constitutional Revolution: Israel's Basic Laws" (1993). Faculty Scholarship Series. 3697. URL: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3697 (Last accessed: 01.06.2024)
42. Barak A. Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israel Law Review*. 2011. Vol. 44. Iss. 3. pp.321—341.

43. Baranger D. The Language of Eternity: Judicial Review of the Amending Power in France (or the Absence Thereof). *Israel Law Review*. 2011. vol. 44. Iss. 3. pp.389—428.
44. Bashkina O. Constituent power(s) in a dualistic democracy URL: <https://journals.openedition.org/revus/6117> (Last accessed: 01.06.2024)
45. Baturo A., Elgie R. (eds.) The politics of presidential term limits. Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2019 xxii, 643 p.
46. Bédarrides É. Réviser la constitution Une histoire constitutionnelle française Thèse Pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Bourgogne Discipline : Droit Public le 5 décembre 2014. 656 p.
47. Bédarrides Édouard le 5 décembre 2014 Réviser la constitution Une histoire constitutionnelle française THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Bourgogne Discipline : Droit Public 656 p. P. 15-16.
48. Behrendt C. The process of constitutional amendment in Belgium. *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*. Edited by X. Contiades. London ; New York: Routledge, 2013 p. 35-50.
49. BEL-1994-1-005 URL: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/bel/bel-1994-1-005> (Last accessed: 01.06.2024)
50. Bell C. Constitutionalizing conflict: Beyond constituent power—Afterword to the Foreword by Sergio Verdugo. *International Journal of Constitutional Law*. 2023. Volume 21, Issue 4 pp. 1189–1197.
51. Berchenko H. Judicial Interpretation as Informal Constitutional Changes: Questions of Legitimacy in the Aspect of the Doctrine of Constituent Power. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2024. Vol. 7. Iss. 2. pp. 39-62.

52. Berchenko H. Maryniv A., Fedchyshyn S. Some Issues of Constitutional Justice in Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2021. № 2. P. 128-145.
53. Berchenko H. Slinko T. Horai O. Unamendable Provisions of the Constitution and the Territorial Integrity of Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2022. № 4-2(17). Special Issue. P. 113-127.
54. Berchenko H., Slinko T., Tkachenko Ye., Kobryn V. Preliminary Judicial Control of Amendments to the Constitution: Comparative Study. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2022. Vol 4. Issue 16. pp. 159-169.
55. Bernal K. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*. 2013. Vol. 11. Iss. 2. pp. 339–357.
56. Beshara C.J. Basic Structure Doctrines and the Problem of Democratic Subversion: Notes from India. *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*. 2015. Vol. 48. No. 2. pp. 99-123.
57. Bingham T. H. The rule of law. London ; New York : Allen Lane, 2010. 213 p.
58. Böckenförde E.-W. Die verfassunggebende Gewalt des Volkes, ein Grenz-begriff des Verfassungsrechts. Frankfurt am Main: Metzner, 1986. 32 s.
59. Boehl H.J. Verfassunggebung im Bundesstaat : ein Beitrag zur Verfassungslehre des Bundesstaates und der konstitutionellen Demokratie. Berlin: Duncker und Humblot, 1997. 260 s.
60. Bonime-Blanc A. Spain`s transition to democracy: The Politics of Constitution-making. Third edition. New-York: El Toral Press, 2013. 182 p.
61. Bonnard R. Les actes constitutionnels de 1940, Paris: LGDJ, 1942, 180 p.

- 62.Braver J. We, the mediated people : popular constitution-making in contemporary South America. New York, NY : Oxford University Press, 2023. 264 p.
- 63.Brazil 1988 (rev. 2017) URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017 (Last accessed: 01.06.2024)
- 64.Brown N. J., Waller J. G. Constitutional courts and political uncertainty: Constitutional ruptures and the rule of judges. *International Journal of Constitutional Law*. 2016. Volume 14. Issue 4. pp. 817–850.
- 65.Bryce J. The American Commonwealth /with an Introduction by G. L. McDowell. 2 volumes in 1. Indianapolis: Liberty Fund, 1995. xl, 1663 p.
- 66.Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Bundes-Verfassungsgesetz, Fassung vom 26.05.2023 URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138> (Last accessed: 01.06.2024)
- 67.BVerfGE 1, 14 – Südweststaat URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001014.html> (Last accessed: 01.06.2024)
- 68.BVerfGE 123, 267 - Lissabon URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv123267.html> (Last accessed: 01.06.2024)
- 69.BVerfGE 123, 267 – Lissabon URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv123267.html> (Last accessed: 01.06.2024)
- 70.BVerfGE 123, 267 – Lissabon URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv123267.html> (Last accessed: 01.06.2024)
- 71.BVerfGE 3, 225 – Gleichberechtigung URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv003225.html> (Last accessed: 01.06.2024)
- 72.BVerfGE 37, 271 - Solange I URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html> (Last accessed: 01.06.2024)

- 73.BVerfGE 73, 339 - Solange II URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html> (Last accessed: 01.06.2024)
- 74.Cahill M. Ever closer remoteness of the peoples of Europe? Limits on the power of amendment and national constituent power. *The Cambridge Law Journal*. 2016. Vol. 75. Iss. 2. pp.245—270.
- 75.Canevaro M, Esu A. Extreme democracy and mixed constitution in theory and practice: nomophylakia and fourth-century nomothesia in the Aristotelian Athenaiion Politeia. Bearzot, C., Canevaro, M., Gargiulo, T. and Poddighe, E. (eds), *Athenaiion Politeiai tra storia, sociologia e politica: Aristotele e Pseudo-Senofonte*. Milan: LED, 2017. pp. 105–145.
- 76.Canfora L. Democracy in Europe: A History of an Ideology (Making of Europe). Oxford: Oxford Wiley-Blackwell, 2006. 302 p.
- 77.Carácter del Poder Constituyente. Corte Suprema de ,Justicia Sala Político Administrativa URL: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc22/22-29.pdf> (Last accessed: 01.06.2024)
- 78.Cardozo B. N. The Nature of the Judicial Process. New Haven: Yale University Press. 1921. 180 p.
- 79.CASE OF LOIZIDOU v. TURKEY (PRELIMINARY OBJECTIONS) (Application no. 15318/89). JUDGMENT 23 March 1995 URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57920> (Last accessed: 01.06.2024)
- 80.CDL-AD(2008)015-e Opinion on the Draft Constitution of Ukraine (prepared by a work-ing group headed by Mr V.M. Shapoval) adopted by the Venice Commission at its 75th Plenary Session (Venice, 13-14 June 2008) URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2008\)015](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2008)015) (Last accessed: 01.06.2024)
- 81.CDL-AD(2008)015-e. Opinion on the Draft Constitution of Ukraine (prepared by a working group headed by Mr V.M. Shapoval) adopted by the Venice Commission at its 75th Plenary Session (Venice, 13-14 June 2008)

- URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2008\)015-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2008)015-e) (Last accessed: 01.06.2024)
- 82.CDL-AD(2009)024-e Opinion on the Draft Law of Ukraine amending the Constitution presented by the President of Ukraine adopted by the Venice Commission at its 79th Plenary Session (Venice, 12-13 June 2009) URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2009\)024-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2009)024-e) (Last accessed: 01.06.2024)
- 83.CDL-AD(2009)024-e. Opinion on the Draft Law of Ukraine amending the Constitution presented by the President of Ukraine adopted by the Venice Commission at its 79th Plenary Session (Venice, 12-13 June 2009) URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2009\)024-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2009)024-e) (Last accessed: 01.06.2024)
- 84.CDL-AD(2010)001-e. Report on Constitutional Amendment adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e) (Last accessed: 01.06.2024)
- 85.CDL-AD(2010)039rev-e. Study on individual access to constitutional justice - Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010) URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=cdl-ad\(2010\)039rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=cdl-ad(2010)039rev-e) (Last accessed: 01.06.2024)
- 86.CDL-AD(2011)002-e Opinion on the concept paper on the establishment and functioning of a constitutional assembly of Ukraine - Adopted by the Venice Commission at its 86th Plenary Session (Venice, 25-26 March 2011) URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)002-e) (Last accessed: 01.06.2024)
- 87.CDL-AD(2011)002-e. Opinion on the concept paper on the establishment and functioning of a constitutional assembly of Ukraine - Adopted by the

- Venice Commission at its 86th Plenary Session (Venice, 25-26 March 2011)
 URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)002-e) (Last accessed: 01.06.2024)
- 88.CDL-AD(2022)012-e. Ukraine - Amicus Curiae brief on the limits of subsequent (a posteriori) review of constitutional amendments by the Constitutional Court, adopted by the Venice Commission at its 131st Plenary Session (Venice, 17-18 June 2022) URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)012-e) (Last accessed: 01.06.2024)
- 89.CDL-INF(1997)002-e Opinion on the Constitution of Ukraine, adopted by the Commission at its 30th plenary meeting in Venice, on 7 - 8 March 1997
 URL: [ven-ice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-INF\(1997\)002-e#](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-INF(1997)002-e#) (Last accessed: 01.06.2024)
- 90.CDL-INF(1997)002-e Opinion on the Constitution of Ukraine, adopted by the Commission at its 30th plenary meeting in Venice, on 7 - 8 March 1997
 URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-INF\(1997\)002-e#](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-INF(1997)002-e#) (Last accessed: 01.06.2024)
- 91.CDL-INF(2001)009-e. Decisions of constitutional courts and equivalent bodies and their execution: Report adopted by the Commission at its 46th plenary meeting (Venice, 9-10 March 2001) URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-INF\(2001\)009-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-INF(2001)009-e) (Last accessed: 01.06.2024)
- 92.Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26; 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC) (6 September 1996) URL: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/26.html> (Last accessed: 01.06.2024)

93. Charles Evans Hughes URL:
http://c250.columbia.edu/c250_celebrates/remarkable_columbians/charles_hughes.html (Last accessed: 01.06.2024)
94. Chileans reject conservative constitution to replace dictatorship-era text
 URL: <https://www.reuters.com/world/americas/chileans-head-polls-again-replace-dictatorship-era-constitution-2023-12-17/> (Last accessed: 01.06.2024)
95. Cicero: de Re Publica URL:
<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/repub1.shtml> (Last accessed: 01.06.2024)
96. Cláusula pétreia URL:
https://pt.wikipedia.org/wiki/Cl%C3%A1usula_p%C3%A9treia (Last accessed: 01.06.2024)
97. Colon-Rios J. I. Constituent power and the law. Oxford ; New York, NY : Oxford University Press, 2020. 334 p.
98. Colon-Rios J. I. Weak constitutionalism : democratic legitimacy and the question of constituent power. London ; New York : Routledge, 2012. 210 p.
99. Colon-Rios J. The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform. *Osgoode Hall Law Journal*. 2010. Volume 48, Number 2. pp.199-245.
100. Colón-Ríos J., Hausteiner E., Lokdam H., Pasquino P., Rubinelli L., Selinger W. Constituent power and its institutions. *Contemporary Political Theory*. 2021. № 20(4). pp. 926–56.
101. Comparative constitution making / Edited by D. Landau, H. Lerner. North-ampton: Edward Elgar Publishing, 2019. 640 p.
102. Comparative constitutional design / edited by T. Ginsburg. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2012. 393 p.

103. Comparative constitutional law. Edited by M. Rosenfeld, A.Sajó. Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2012. 1396 p.
104. Constitución Política de la Republica Federativa del Brasil, 1988
URL: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>
105. Constituent assemblies / edited by J. Elster, R. Gargarella, V. Naresh, B. E. Rasch. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. 252 p.
106. Constituent power : law, popular rule and politics / edited by M. Arvidsson, L. Brännström, P. Minkkinen. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2020. 224 p.
107. Constituent power: law, popular rule and politics / edited by M. Arvidsson, L. Brännström, P. Minkkinen. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2022. 232 p.
108. Constituents before assembly : participation, deliberation, and representation in the crafting of new constitutions / Todd A. Eisenstadt, A. Carl LeVan, Tofigh Maboudi. Cambridge : Cambridge University Press, 2017. 200 p.
109. Constitution de 1946, IVe République URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique>
110. Constitution makers on constitution making : new cases / edited by Tom Ginsburg, Sumit Bisarya Cambridge, United Kingdom ; New York, NY : Cambridge University Press, 2022. 276 p.
111. Constitution makers on constitution making : the experience of eight nations / edited by Robert A. Goldwin & Art Kaufman. Getzville, New York] : William S. Hein & Company, 2019. 463 p.
112. Constitution making / edited by S. Choudhry, T. Ginsburg. Northampton, MA : Edward Elgar Pub., 2016. 872 p.

113. Constitution of Mexico URL: <https://ecnl.org/sites/default/files/files/2021/MexicoConstitution.pdf> (Last accessed: 01.06.2024)
114. Constitution of Romania URL: <https://www.presidency.ro/en/the-constitution-of-romania> (Last accessed: 01.06.2024)
115. Constitutional Convention (Chile) URL: [https://en.wikipedia.org/wiki/Constitutional_Convention_\(Chile\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Constitutional_Convention_(Chile)) (Last accessed: 01.06.2024)
116. Constitutional democracy in crisis? / edited by M. A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet. New York, NY : Oxford University Press, 2018. 725 p.
117. Constitutionalism beyond liberalism / edited by M.W. Dowdle, M. A. Wilkinson. Cambridge, United Kingdom : Cambridge University Press, 2017. 364 p.
118. Constitutionalism Under Extreme Conditions: Law, Emergency, Exception / edited by R. Albert, Y. Roznai. Cham: Springer International Publishing, 2020. 452 p.
119. Constitutionalism under Stress. Essays in Honour of Wojciech Sadurski. Edited by U. Belavusau, A. Gliszczynska-Grabias. Oxford: Oxford University Press, 2020. 376 p.
120. Constitution-making and transnational legal order / edited by G. Shaffer, T. Ginsburg, T. C. Halliday. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. 320 p.
121. Contiades X, Fotiadou A (eds.), Routledge handbook of comparative constitutional change. Abingdon, Oxon ; New York, NY : Routledge, 2021. 458 p.
122. Corrias L. Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity. *European Constitutional Law Review*. 2016. Volume 12. Issue 1. pp. 6-26.

123. Corrias L. The passivity of law : competence and constitution in the European Court of Justice. Dordrecht ; New York : Springer, 2011. 171 p.
124. Courts and judicial activism under crisis conditions : policy making in a time of illiberalism and emergency constitutionalism / edited by M. Belov. Abingdon, Oxon ; New York, NY : Routledge, 2022. 236 p.
125. Courts, politics and constitutional law : judicialization of politics and politicization of the judiciary / edited by M. Belov. Abingdon, Oxon ; New York, NY : Routledge, 2020. 254 p. 236 p.
126. Cuba 2019 URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Cuba_2019 (Last accessed: 01.06.2024)
127. Dahl R. A. Democracy and Its Critics New Haven Yale University Press, 1989. 397 p.
128. De Lolme J. L. The Constitution of England; or, An Account of the English Government (1771). Indianapolis: Liberty fund, 2007. 369 p.
129. Décision 71-44 DC - 16 juillet 1971 - Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association - Non conformité partielle URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/cons/id/CONSTEXT000017665605/> (Last accessed: 01.06.2024)
130. Decision 92-312 DC Of 2 September 1992 - Treaty on European Union URL: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/a92312dc.pdf (Last accessed: 01.06.2024)
131. Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003469DC.htm> (Last accessed: 01.06.2024)

132. Décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005 URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2005514DC.htm> (Last accessed: 01.06.2024)
133. Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008564DC.htm> (Last accessed: 01.06.2024)
134. Décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011 URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011116QPC.htm> (Last accessed: 01.06.2024)
135. Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962 URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1962/6220DC.htm> (Last accessed: 01.06.2024)
136. Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1973/7351DC.htm> (Last accessed: 01.06.2024)
137. Décision n° 85-204 DC du 16 janvier 1986 URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/85204DC.htm> (Last accessed: 01.06.2024)
138. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789> (Last accessed: 01.06.2024)
139. Declaration of Independence <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript> (Last accessed: 01.06.2024)
140. Demichel A., Demichel F., Piquemal M. Institutions et pouvoirs en France : Une traduction institutionnelle du capitalisme monopoliste d'État. Paris: Éditions sociales, 1975. 224 p.

141. Derrida J. Declarations of Independence. *Derrida J. Negotiations: Interventions and Interviews, 1971–2001*. Stanford CA: Stanford University Press, 2002. pp. 46–54.
142. Dicey A. V. Introduction to the study of the law of the constitution. Tenth Edition. London and Basingstoke: The Macmillan Press LTD, 1959. Reprinted 1979. 535 p.
143. Dietze G. Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany. *Virginia Law Review*. 1956. Vol. 42. Iss. 1 pp.1—22.
144. Direito Constitucional – Aula 03 Poder Constituinte URL: <https://eventos.revisaopge.com.br/wp-content/uploads/2022/07/Aula-03-PDFFULL-Direito-Constitucional-Poder-Constituinte-att.-em-24.05.2022.pdf> (Last accessed: 01.06.2024)
145. Dissertation Upon Parties Henry St. John Bolingbroke (1678-1751) URL: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bolingbroke/parties.html>. (Last accessed: 01.06.2024)
146. Dixon R., Landau D. Tiered Constitutional Design. *The George Washington Law Review*, 2018. Vol. 86. No. 2. pp. 438-512.
147. Dixon R., Landau D. Abusive constitutional borrowing : legal globalization and the subversion of liberal democracy. Oxford : Oxford University Press, 2021. 233 p.
148. Dixon R., Landau D. Constitutional End Games: Making Presidential Term Limits Stick. *Hastings Law Journal*. 2020. Volume 71, Issue 2. pp. 359-418.
149. Dixon R., Landau D. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*. 2015. Vol. 13. No 3. pp. 605-638.

150. Doyle O. Populist constitutionalism and constituent power. *German Law Journal*. 2019. Volume 20. Special Issue 2: Public Law and Populism. pp. 161–180.
151. Duke G. Aristotle and Modern Constitutionalism *Ancient Philosophy Today*. 2022. Volume 4, Issue Supplement. pp. 66-90.
152. Duke G. Explanatory Causes in Aristotle's Constitutional Theory. *Classical Philology*. 2022. Vol. 117. Number 1. pp. 45-62.
153. Dworkin R. A matter of principle. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985. 425 p.
154. Dworkin R. Freedom's law : the moral reading of the American Constitution. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1996. viii, 404 p.
155. Dworkin R. Law's empire. Cambridge, Mass. : Belknap Press, 1986. xiii, 470 p.
156. Dworkin R. Taking Rights Seriously Cambridge, MA. Harvard University Press, 1978. 392 p.
157. Dworkin R. Constitutionalism and Democracy. *European Journal Of Philosophy*. 1995. Vol. 3. Iss. 1. pp. 2-11.
158. Dyzenhaus D. Constitutionalism in an Old key: Legality and Constituent Power. *Global Constitutionalism*. 2012. Vol. 1, Issue 2. pp. 229-260.
159. Eggert F. Verfassungsablosung. Zu Theorie und Praxis der verfassungsablosenden Gewalt nach Artikel 146 Grundgesetz. Baden-Baden: Nomos, 2021. 297 s.
160. Eisenstadt Todd A., LeVan A. Carl, Maboudi Tofigh. Constituents before assembly : participation, deliberation, and representation in the crafting of new constitutions. Cambridge University Press, 2017. 200 p.
161. Elkins Z., Ginsburg T., Melton J. The endurance of national constitutions. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009. 260 p.

162. Elkins Z., Ginsburg T., Melton J. Time and constitutional efficacy. *Assessing constitutional performance / edited by Tom Ginsburg; Aziz Huq.* New York, NY : Cambridge University Press, 2016. 431 p.
163. Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA. Edited by X. Contiades. London ; New York: Routledge, 2013. 478 p.
164. Entenda o que é uma Cláusula Pétreia e qual a sua importância! URL: <https://www.politize.com.br/clausulas-petreas/> (Last accessed: 01.06.2024)
165. Erin F. Delaney Brexit Optimism and British Constitutional Renewal *Constitutional democracy in crisis? / edited by M. A. Graber, S. Levinson, M.Tushnet.* New York, NY : Oxford University Press, 2018. pp. 191- 214.
166. Ermolaev V.M. M. Hrushevsky on the constituent power of the Ukrainian people. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 2020, № 27(4), P. 16-28.
167. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). CDLPI(2017)004-e. Venezuela – Preliminary Opinion on the legal issues raised by Decree no. 2878 of 23 May 2017 of the President of the Republic on calling elections to a National Constituent Assembly. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2017\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2017)004-e) (Last accessed: 01.06.2024)
168. Faraguna P. Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience. *European Journal of Law Reform*. 2019. № 3. pp. 329-344.
169. Fasel R. N. Constraining constituent conventions: Emmanuel Joseph Sieyès and the limits of pouvoir constituant. *International Journal of Constitutional Law*. 2022. Volume 20, Issue 3. pp. 1103–1129.

170. Favoreu L, Gaïa P., Ghevontian R., Mestre J.-L., Pfersmann O., Roux A., Scoffoni G. *Droit constitutionnel*. 21 édition. Paris: Dalloz, 2019. 1135 p.
171. Feldman D. Political practice and constitutional change. *Routledge handbook of comparative constitutional change / edited by Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou*. Abingdon, Oxon ; New York, NY : Routledge, 2021. pp. 201-216.
172. Ferrara A. *Sovereignty across generations : constituent power and political liberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2023. 336 p.
173. Ferreres Comella V. *Constitution of Spain: a contextual analysis*. Oxford: Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013. 281 p.
174. Ferreyra R. G. Sobre el control del proceso de reforma constitucional, según los fallos de la Corte suprema de Justicia de la Argentina. *Estudios Constitucionales*. 2006. Vol. 4, núm. 2. pp. 477-508.
175. Fichera M. The Idea of Discursive Constituent Power. *Jus Cogens*. 2021. Vol. 3. pp. 159–180.
176. Forey S. Israeli Supreme Court deals major blow to Netanyahu URL: https://www.lemonde.fr/en/international/article/2024/01/02/israeli-supreme-court-deals-major-blow-to-netanyahu_6396147_4.html
177. *Founding moments in constitutionalism / edited by Richard Albert, Menaka Guruswamy and Nishchal Basnyat*. Oxford, UK : Hart Publishing, 2019. 257 p.
178. Frankenberg G. *Comparative constitutional studies: between magic and deceit*. Northampton, MA: Edward Elgar Pub., 2018. 360 p.
179. Friedmann D. *The purse and the sword : the trials of Israel's legal revolution*. New York: Oxford University Press, 2016. 397 p.

180. Friedrich Carl J. Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America. Boston: Little, Brown & Co., 1941. xix, 695 p.
181. Frost C. Language, democracy and the paradox of constituent power : declarations of independence in comparative perspective. New York : Routledge, 2021. 192 p.
182. Fundamental Laws of the Realm URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Fundamental_Laws_of_the_Realm (Last accessed: 01.06.2024)
183. Gamper A. Staat und Verfassung. Einführung in die Allgemeine Staatslehre 4., überarb. Auflage. Wien: Facultas Verlags- und Buchhandels AG facultas Universitätsverlag, 2018. 281 s.
184. García-Jaramillo S., Gnecco-Estrada F. La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. *Vniversitas, Bogotá*. 2016. Vol. 65, p. 59-104.
185. Garlicki L., Garlicka Z.A. Review of Constitutionality of Constitutional Amendments (an Imperfect Response to Imperfections?) *Journal of Constitutional Law*. Vol. 1. Issue 1. 2012. pp. 185-222.
186. Gehring M. W. Europe's second constitution: crisis, courts and community. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. 370 p.
187. German Law Journal No. 3 (2015) URL: <https://germanlawjournal.com/volume-16-no-03/> (Last accessed: 01.06.2024)
188. Ginsburg T. Beyond Window Dressing: Constitutions in Authoritarian Regimes. *Modern constitutions / edited by Rogers M. Smith and Richard R. Beeman*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2020. Pp. 133-153.

189. Ginsburg T., Álvarez A. It's the procedures, stupid: The success and failures of Chile's Constitutional Convention. *Global Constitutionalism*. 2023. First View. pp. 1-10. URL: <https://doi.org/10.1017/S2045381723000242> (Last accessed: 01.06.2024)
190. Ginsburg T., Elkins Z., Blount J. Does the Process of Constitution-Making Matter? *The Annual Review of Law and Social Science*. 2009. № 5. pp. 201–23.
191. Ginsburg T., Huq Aziz Z. and Versteeg M. The Coming Demise of Liberal Constitutionalism? *The University of Chicago Law Review*. 2018. Vol. 85, No. 2. pp. 239-256.
192. Goldoni M. At the Origins of Constitutional Review: Sieye`s' Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2012. Vol. 32, No. 2. pp. 211–234.
193. Goldoni M., Wilkinson M. The Material Constitution. *Modern Law Review*. 2018. Vol. 81. Iss. 4. pp. 567-597.
194. Goldstone J. A. *Revolutions: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 148 p.
195. Gordon S. *Controlling the state: constitutionalism from ancient Athens to today*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999. 395 p.
196. Gounelle M. *Introduction au droit public: Institutions, fondements, sources*. Paris: Montchrestien, 1989. XIII-298 p.
197. Gözler K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Bursa, Ekin Press, 2008, XII+126 p.
198. Gözler K. *Le pouvoir constituant originaire*, Mémoire du D.E.A. de Droit public, Directeur de recherches : Prof. Dmitri Georges Lavroff, Université de Bordeaux I, Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, 1992, 93 p.

199. Gözler K. Le pouvoir de révision constitutionnelle, Thèse pour le doctorat en droit, Directeur de recherches: Prof. Dmitri Georges Lavroff, Université Montesquieu – Bordeaux IV, Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, 1995, 774 p.
200. Gözler K. Le pouvoir de révision constitutionnelle. Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 1997. 2 volumes. 774 p.
201. Granger M.-P. The Preamble(s) of the French Constitution: Content, Status, Uses and Amendment. *Acta Juridica Hungarica*. 2011. Vol. 52, No 1, pp. 1–18.
202. Greene A. Parliamentary sovereignty and the locus of constituent power in the United Kingdom. *International journal of constitutional law*. 2021. Volume 18, Issue 4. pp. 1166–1200.
203. Grewe C. Vergleich zwischen den Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2001. № 61. s. 459-473.
204. Griller S. Is this a Constitution? Remarks on a Contested Concept. *The Lisbon Treaty : EU constitutionalism without a constitutional treaty? / Stefan Griller, Jacques Ziller (eds.)*. Wien ; New York : Springer, 2008. pp 21-56.
205. Grimm D. Constitutionalism : past, present, and future. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016. 383 p.
206. Grimm D. Europa ja - aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie. München: Verlag C.H. Beck, 2016. 280 s.
207. Grimm D. Integration by constitution. *International Journal of Constitutional Law*. 2005. Volume 3. Issue 2-3. pp. 193–208.

208. Gross A. Did the Israeli Supreme Court Kill the Constitutional Coup?, VerfBlog, 2024/1/09 URL: <https://verfassungsblog.de/did-the-israeli-supreme-court-kill-the-constitutional-coup/> (Last accessed: 01.06.2024)
209. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>
210. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 URL: <http://www.verfassungen.de/gg49-i.htm>
211. Häberle P. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. *Isensee J., Kirchhof .P (Hrg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II: Verfassungsstaat. Dritte, völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2004. S. 317-368.*
212. Häberle P. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation *JuristenZeitung* 1975 vol. 30 iss. 10 pp.297—305. DOI: 10.2307/20811044 a a
213. Häberle P. Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 1987. Vol. 112. No. 1. pp. 54-92.
214. Häberle P. *El Estado Constitucional. México, 2003. 340 p.*
215. Habermas J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, MA The MIT Press 1996. 631 p.*
216. Habermas J. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*. 2001. Vol. 29, No. 6. pp. 766-781.
217. Habermas J. *Der gespaltene Westen. Kleine politische Schriften. Frankfurt am Mein: Suhrkamp Verlag, 2004. 192 s.*
218. Habermas J. Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas.

- Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2012. Vol. 72. N° 1. s. 1-44.
219. Habermas J. Remarks on Legitimation through Human Rights. *Habermas J. Postnationale Konstellation: political essays*. Cambridge: MIT Press, 2001. pp. 113-129.
220. Habermas J. Zur Verfassung Europas – Ein Essay. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2011. 140 s.
221. Halmai G. A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary. *Constitutional democracy in crisis? / edited by M. A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet*. New York, NY : Oxford University Press, 2018. pp. 243-256.
222. Halmai G. Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective. *Wake Forest Law Review*. 2016. № 13: 38. pp. 101-135.
223. Halmai G. Perspectives of Global Constitutionalism. The Use of Foreign and International Law. The Hague: Eleven International Publishing, 2014. 286 p.
224. Halmai G. Populism, authoritarianism and constitutionalism. *German Law Journal*. 2019. № 20. pp. 296–313.
225. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Herausgegeben von J. Isensee und P. Kirchhof. Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1992. 1006 s.
226. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Hrsg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof. Versch. Aufl. Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2014. 1444 s.
227. Hauriou M. Principes de droit public. Paris: Librairie de la Société du recueil J.-B. Sirey & du journal du palais, 1910, xi-734 p.

228. Hayek F. A. *Law, Legislation and Liberty: a New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. London and New York: Routledge, 2003. Volume 1. 244 p.
229. Hein M. Constitutional Norms for All Time? General Entrenchment Clauses in the History of European Constitutionalism. *European Journal of Law Reform*. 2019. Vol. 21. Iss. 3. P. 226-242.
230. Henke W. Das Ende der Revolution und die Verfassunggebende Gewalt des Volkes. *Der Staat*, 1992. Vol. 31, No. 2. s. 265-280.
231. Hesse K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. 352 s.
232. Hignett C. *A History of the Athenian Constitution to the End of the Fifth Century B.C.* Oxford University Press, 1952. 420 p.
233. Hirschl R. *Towards juristocracy : the origins and consequences of the new constitution-alism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004 286 p.
234. HSJ 4908/10 Bar-On v. Knesset (January 11, 2011). URL: <https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Bar-On%20v.%20Knesset.pdf> (Last accessed: 01.06.2024)
235. Hungary 2011 (rev. 2016) URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2016?lang=en (Last accessed: 01.06.2024)
236. Huntington S. P. *The third wave : democratization in the late twentieth century*. University of Oklahoma Press, 1991. 366 p.
237. In first, Israeli Supreme Court strikes down Basic Law URL: <https://www.jns.org/in-first-israeli-supreme-court-strikes-down-basic-law/> (Last accessed: 01.06.2024)

238. Isensee J. Das Volk als Grund der Verfassung: Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt. Opladen: Westdt. Verl., 1995. 106 s.
239. Isensee J. Europa, die politische Erfindung eines Erdteils in das Buch Europa als politische Idee und als rechtliche Form. *Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte (PPG), Hrsg. von Josef Isensee. Band 19.* Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1993. 2., unveränd. Aufl. II, s. 103-138.
240. Isensee J. Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung. *Isensee J, Kirchhof P (Hrg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band V - Allgemeine Grundrechtslehren.* Heidelberg: Heidelberg C. F. Müller Verlag, 1992. S. 353-484.
241. Issacharoff S. Democracy Unmoored: Populism and the Corruption of Popular Sovereignty. Oxford: Oxford University Press, 2023. 286 p.
242. Issacharoff S. Fragile democracies: contested power in the era of constitutional courts. New York University School of Law. New York, NY: Cambridge University Press, 2015. 298 p.
243. Italian Populism and Constitutional Law : Strategies, Conflicts and Dilemmas / edited by G. Delledonne, G. Martinico, M. Monti, F. Pacini. Cham: Springer International Publishing, Imprint: Palgrave Macmillan, 2020. 314 p.
244. Jacobsohn G. J. An unconstitutional constitution? A comparative perspective. *International Journal of Constitutional Law.* 2006. Volume 4, Number 3. pp. 460–487.
245. Jacobsohn G. J. Constitutional identity. Harvard University Press Cambridge, Massachusetts London, England, 2010. 368 p.
246. Jacobsohn G. J. Theorizing the Constitutional Revolution. *Journal of Law and Courts.* 2014. Vol. 2, No. 1, pp. 1-32.

247. Jacobsohn G. J., Roznai Y. Constitutional revolution. New Haven: Yale University Press, 2020, 369 p.
248. Jacqué J.-P. Droit constitutionnel et institutions politiques. 14 édition. Paris: Dalloz, 2022. 274 p.
249. Jason F. "Unauthorized Propositions": "The Federalist Papers" and Constituent Power Diacritics. *Taking Exception to the Exception*. 2007. Vol. 37, No. 2/3, pp. 103-120.
250. Jean Bodin (c. 1529—1596) URL: <https://www.iep.utm.edu/bodin/> (Last accessed: 01.06.2024)
251. Jellinek G. Verfassungsänderung und Verfassungswandlung (1906). Hrsg. und eingel. von Walter Pauly. Berlin, Haering: Keip, 1996. XXX, 95 s.
252. Kalyvas A. Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. *Constellations*. 2005. Volume 12, No 2. pp. 223-244.
253. Keefer P., Negretto G.L. Shifting Electorates and Preferences in Chile's Constitutional Process URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/ps-political-science-and-politics/article/abs/shifting-electorates-and-preferences-in-chiles-constitutional-process/7CADE18E6986ECDC5FE28103CD4CB1F4> (Last accessed: 01.06.2024)
254. Kehoe G.M. Presidents & terminal logic behavior : term limits and executive action in the United States, Brazil, and Argentina. College Station, Texas: Texas A&M University Press, 2014. 231 p.
255. Kesavananda Bharti vs State Of Kerala And Anr on 24 April, 1973 URL: <https://indiankanoon.org/doc/257876> (Last accessed: 01.06.2024)
256. Khoury T. El Pouvoir Constituant. in Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law URL:

<https://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e709>

(Last accessed: 01.06.2024)

257. King A. *The British Constitution*. Oxford; New York : Oxford University Press, 2007. 432 p.
258. Klabbers J. *International Constitutionalism. The Cambridge companion to comparative constitutional law / edited by R. Masterman, R. Schütze*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. pp. 498-520.
259. Klein C. Is There a Need for an Amending Power Theory? *Isr. L. Rev.* 1978. Vol. 13 pp. 203-214.
260. Klug H. *The constitution of South Africa : a contextual analysis*. Oxford; Portland, Or.: Hart Pub., 2010. 319 p.
261. Kommers P., Miller A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London: Duke University press, 2012. 904 p.
262. Korzi M. J. *Presidential term limits in American history : power, principles, and politics*. College Station : Texas A&M University Press, 2011. 217 p.
263. Krisch N. *Beyond constitutionalism the pluralist structure of postnational law*. Oxford : Oxford University Press, 2010. 358 p.
264. Krisch N. Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the postnational order. *International Journal of Constitutional Law*. 2016. Volume 14, Issue 3. p. 657–679.
265. Krishnaswamy S. *Democracy and constitutionalism in India : a study of the basic structure doctrine*. New Delhi : Oxford University Press, 2010. 244 p.
266. La Cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre juge constitutionnel et pouvoir constituant URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour->

- [constitutionnelle-autrichienne-et-les-rapports-entre-juge-constitutionnel-et-pouvoir](#) (Last accessed: 01.06.2024)
267. Landau D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*. 2013. Vol. 47. P. 189-260.
268. Landau D. Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela The First Time as Tragedy, the Second as Farce. *Constitutional democracy in crisis? / edited by M. A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet. New York, NY : Oxford University Press, 2018. pp. 161-176.*
269. Landau D., Dixon R. Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy. *UC Davis Law Review*. 2020. Vol 53, Issue 3. pp. 1313-1387.
270. Landau D., Dixon R. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*. 2015. Vol. 50. P. 876-878.
271. Landau D., Dixon R. Utopian constitutionalism in Chile. *Global Constitutionalism* (2023) URL: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/9DB046E29A9E664788D5FBABD57205CF/S2045381723000266a.pdf/utopian-constitutionalism-in-chile.pdf> (Last accessed: 01.06.2024)
272. Le Pillouer A. Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé: à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle. *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, A paraître, 25-26, pp.123-141. URL: <https://hal.parisnanterre.fr/hal-01662209/document> (Last accessed: 01.06.2024)
273. Leahy J. E. "The Constitution Is What the Judges Say It Is". *North Dakota Law Review*. 1989. Vol. 65: No. 3. pp. 491-527.

274. Leuchtenburg W. E. *The Supreme Court reborn : the constitutional revolution in the age of Roosevelt*. New York : Oxford University Press, 1995. 350 p.
275. Levitsky S. Ziblatt D. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018. 320 p.
276. Ley para la Reforma Política URL: https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_para_la_Reforma_Política (Last accessed: 01.06.2024)
277. Lijphart A. *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*. Yale University Press, 2022. 258 p.
278. Lijphart A. *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*. 2 ed. Yale University Press, 2012. 368 p.
279. Lijphart A. *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Twenty-One- Countries*. Yale University Press, 1984. 229 p.
280. Lindahl H. *Constituent Power and the Constitution*. *Philosophical foundations of constitutional law / edited by David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn*. Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2016. pp. 141-160.
281. Lindsay A. *Constituent power: a genealogy*. PhD thesis, University of Nottingham. 2017. 324 p.
282. Lintott A. *Aristotle and the Mixed Constitution*. *Alternatives to Athens: Varieties of Political Organization and Community in Ancient Greece*. Roger Brock (ed.), Stephen Hodkinson (ed.) Oxford: OUP, 2002. pp. 152–166 <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199258109.003.0009>
283. Lipkin R. J. *Constitutional revolutions : pragmatism and the role of judicial review in American constitutionalism*. Durham, NC : Duke University Press, 2000. 366 p.

284. Llewellyn K. N. The Constitution as an Institution. *Columbia Law Review*. 1934. Vol. 34. No. 1. pp. 1-40.
285. Loewenstein K. Constitutions And Constitutional Law In The West And In The East. *The Indian Journal of Political Science*. 1969. Vol. 30. No. 3. pp. 203-248.
286. Loewenstein K. Political Power and the Governmental Process. Chicago, The University of Chicago Press, 1957. ix, 442 pp.
287. Loewenstein K. Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien. Parlament, Regierung, Parteien. Berlin; Heidelberg: Springer-Verlag, 1967. 584 s.
288. Loewenstein K. Verfassungslehre. Tübingen: Mohr (Siebeck), 1959. 429 s.
289. Loewenstein K. Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten. Berlin; Heidelberg: Springer-Verlag, 1959. 656 s.
290. López Bofill H. Law, violence and constituent power : the law, politics and history of constitution making. Abingdon, Oxon ; New York, NY : Routledge, 2021. 257 p.
291. Loughlin M. Against constitutionalism. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 2022. 258 p.
292. Loughlin M. Foundations of public law Oxford : Oxford University Press, 2010. 515 p.
293. Loughlin M. The idea of public law. Oxford; New York: Oxford University Press, 2003. 188 p.
294. Magna Carta URL: <https://www.parliament.uk/magnacarta/> (Last accessed: 01.06.2024)
295. Manin B. The principles of representative government. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 1997. ix, 243 p.

296. Mann M. *The Sources of Social Power: Volume 2, The Rise of Classes and Nation-States 1760-1914*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. 828 p.
297. Mann M. *The Sources of Social Power: Volume 1, A History of Power from the Beginning to AD 1760*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. 540 p.
298. Masterman R. Multi- Layered Constitutions. *The Cambridge companion to comparative constitutional law / edited by Roger Masterman, Robert Schütze*. Cambridge : Cambridge University Press, 2019. P. 473-497.
299. Mastor W., Icher L. Constitutional amendment in France. *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA. Edited by X. Contiades. London ; New York: Routledge, 2013. p. 115-124.*
300. Mathieu B. *Le droit contre la démocratie ?* Paris: LGDJ, 2017. 304 p.
301. Maunz T. *Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch*. München: C.H. Beck, 1952. 276 s.
302. McIlwain H. *Constitutionalism: Ancient and Modern 2nd rev.* New York: Cornell University Press. 1947. 180 p.
303. McWhinney E. *Constitution-making : principles, process, practice* Toronto : University of Toronto Press, 1981. 231 p.
304. MEX-2010-2-011 URL:
<http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/ame/mex/mex-2010-2-011> (Last accessed: 01.06.2024)
305. *Modern constitutions / edited by R. M. Smith and R. R. Beeman*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2020 360 p.
306. Möller H. *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3*

- GG und zur verfassungsgebenden Gewalt nach dem Grundgesetz. Berlin : dissertation.de – Verlag im Internet GmbH, 2004 280 s.
307. Möller K. From constituent to destituent power beyond the state *Transnational Legal Theory*. 2018. Volume 9. Issue 1. pp. 32-55.
308. Morais Laio Correia Controle De Constitucionalidade De Emendas Constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas? URL: https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/187_Laio-Morais.pdf (Last accessed: 01.06.2024)
309. Mouton S. Le Pouvoir Constituant Europeen : Un Nouvel Objet Constitutionnel <https://publications.ut-capitole.fr/9973/1/Mouton.Nouveaux%20objets.pdf> (Last accessed: 01.06.2024)
310. Müller F. Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes. Elemente einer Verfassungstheorie. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1995. 91 s.
311. Murswiek D. Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Berlin: Duncker & Humblot, 1978. 276 s.
312. National Constitution Argentina URL: https://www.congreso.gob.ar/constitucionParte1Cap1_ingles.php (Last accessed: 01.06.2024)
313. Natus J. Verfassungsverstoß durch Zweidrittelmehrheit? Verfassungstheoretische und demokratietheoretische Anforderungen an die verfassungsändernde Gewalt auf Grundlage eines dualistischen Rechtsverständnisses zwischen Sein und Sollen. Berlin: Duncker & Humblot, 2017. 294 s.
314. Navot S., Roznai Y. From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel *European Journal of Law Reform*. 2019. № (21) 3. pp. 403-423.

315. Negretto G. L. Making constitutions: presidents, parties, and institutional choice in Latin America. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2013. 283 p.
316. Negri A. Insurgencies : constituent power and the modern state / translated by Maurizia Boscagli. Minneapolis : University of Minnesota Press, 1999. 367 p.
317. Neo J. L. A Contextual Approach to Unconstitutional Constitutional Amendments: Judicial Power and the Basic Structure Doctrine in Malaysia. *Asian Journal of Comparative Law*. 2020. Vol. 15. Iss. 1. pp.69—94.
318. Nootens G. Constituent power beyond the state : democratic agency in polycentric polities. New York, NY : Routledge, 2022. 190 p.
319. Nugraha Ignatius Yordan Popular Sovereignty and Constitutional Referendum: Can “The People” be Limited by Human Rights? *German Law Journal*. 2022. № 23. pp. 19–43.
320. Oates J. G. Global Governance Constituent Power and the Legitimacy of International Organizations: The Constitution of Supranationalism. Routledge, 2020. 196 p.
321. Opinion On Amendments To The Act Of 25 June 2015 On The Constitutional Tribunal Of Poland Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016) URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)001-e) (Last accessed: 01.06.2024)
322. Opinion On The Constitutional Situation In The Kyrgyz Republic Adopted by the Commission at its 73rd plenary session (Venice, 14-15 December 2007) 17 December 2007 Opinion no. 457/2007 CDL-AD(2007)045 URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)045-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)045-e) (Last accessed: 01.06.2024)

323. Opinion On The Proposed Revision Of The Constitution Adopted by the Venice Commission at its 118 th Plenary Session (Venice, 15-16 March 2019) Strasbourg, 18 March 2019 Opinion No. 934/2018 CDL-AD(2019)003 URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2019\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2019)003-e) (Last accessed: 01.06.2024)
324. Opinion on the revision of the Constitution of Belgium: Adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session (Venice, 15-16 June 2012) URL: [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2012\)010-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2012)010-e) (Last accessed: 01.06.2024)
325. Oxford handbook of comparative constitutional law / edited by M. Rosenfeld, A. Sajó. Oxford : Oxford University Press, 2012. 1396 p.
326. Partlett W. Expanding Revision Clauses in Democratic Constitutions. *Redrafting constitutions in democratic regimes : theoretical and comparative perspectives / edited by Gabriel L. Negretto*. Cambridge : Cambridge University Press, 2020. pp. 53-77.
327. Partlett W. Restoration Constitution-Making. *ICL Journal*. 2015. Volume 9. Issue 4. pp. 514-547
328. Partlett W. Russia's 2020 Constitutional Amendments: A Comparative Perspective. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2021. Volume 23. pp. 311-342 URL: <https://ssrn.com/abstract=3625390> (Last accessed: 01.06.2024)
329. Patberg M. Constituent power in the European Union. Oxford: Oxford University Press, 2021. 272 p.
330. Pernice I. The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights. *The Lisbon Treaty: EU constitutionalism without a constitutional treaty? / Stefan Grillner, Jacques Ziller (eds.)*. Wien; New York: Springer, 2008. pp. 235–256.

331. Philosophical foundations of constitutional law / edited by D. Dyzenhaus and M. Thorburn. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016. 332 p.
332. Pilpilidis K. A Constitution for Eternity: An Economic Theory of Explicit Unamendability. R. Albert and B. E. Oder (eds.) *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. Cham: Springer, 2018. pp. 63–87.
333. Polzin M. Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*. 2016. Vol. 14. Iss. 2. pp.411–438.
334. Polzin M. Verfassungsidentität. Ein normatives Konzept des Grundgesetzes? Tübingen: Mohr Siebeck, 2018. XVI, 251 s.
335. Populism and Contemporary Democracy in Europe / Eds. Josep Maria Castellà Andreu, Marco Antonio Simonelli. Cham: Palgrave Macmillan, 2023 338 p.
336. Populism, popular sovereignty, and public reason / Stefan Mayr, Andreas Orator (eds.). Berlin; New York : Peter Lang, 2021. 283 p.
337. Populist challenges to constitutional interpretation in Europe and beyond / edited by Fruzsina Gárdos-Orosz and Zoltán Szenté. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2021. 329 p.
338. Populist constitutionalism and illiberal democracies : between constitutional imagination, normative entrenchment and political reality / edited by M. Belov. Cambridge: Intersentia, 2021. 378 p.
339. Posner R.A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 2004. 464 p.

349. Revolutionary constitutionalism: law, legitimacy, power / edited by Richard Albert. Oxford ; Hart, 2020. London, England: Bloomsbury Publishing, 2020. 304 p.
350. Robertson D. B. The Constitution from 1620 to the Early Republic. *Graber M. A., Tushnet M., Whittington K. L. (Eds.), The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*. Oxford: OUP. 2015. pp. 19-42.
351. Rosenfeld M. The identity of the constitutional subject : selfhood, citizenship, culture, and community London ; New York : Routledge, 2010. 326 p.
352. Routledge handbook of comparative constitutional change / edited by Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou. Abingdon, Oxon ; New York, NY : Routledge, 2021. 458 p.
353. Routledge handbook of illiberalism / Edited by A. Sajó, R. Uitz, S. Holmes. New York, NY : Routledge, 2022. 1024 p.
354. Roznai Y. Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures. *The foundations and traditions of constitutional amendment / edited by Richard Albert, Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou*. Oxford ; London : Hart Publishing; Portland, OR : Hart Publishing, 2017. P.23–50.
355. Roznai Y. The Theory and Practice of ‘Supra-Constitutional’ Limits on Constitutional Amendments. *International and Comparative Law Quarterly* 2013. Vol. 62. Iss. 3 pp. 557–597.
356. Roznai Y. Unconstitutional Constitutional Amendments The Limits of Amendment Powers. New York: Oxford University Press, 2017. 334 p.
357. Roznai Y. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy. London, 2014. 363 p.

358. Roznai Y. Unconstitutional Constitutional Amendments – The Migration and Success of a Constitutional Idea. *The American Journal of Comparative Law*. 2013. Vol. 61. Iss. 3. pp.657–719.
359. Roznai Y., Suteu S. The Eternal Territory? The Crimean Crisis and Ukraine's Territorial Integrity as an Unamendable Constitutional Principle. *German Law Journal*. 2015. Vol. 16. No. 03. pp. 542-580.
360. Rubinelli L. *Constituent power: a history* Cambridge: Cambridge University Press, 2020. 255 p.
361. Ruling On The Compliance Of The Republic Of Lithuania's Law Amending Article 125 Of The Constitution And Article 170 (Wording Of 15 March 2012) Of The Statute Of The Seimas Of The Republic Of Lithuania With The Constitution Of The Republic Of Lithuania 24 January 2014 URL: <https://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta850/content> (Last accessed: 01.06.2024)
362. Sabsay D. A. El Control De Constitucionalidad De La Reforma Constitucional En Un Fallo De La Corte Suprema De Justicia Argentina. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. 1999. N° 3. pp. 427-460.
363. Sadurski W. *A pandemic of populists*. Cambridge, United Kingdom ; New York, NY : Cambridge University Press, 2022. 249 p.
364. Sadurski W. Constitutional Review in Europe and in the United States: Influences, Paradoxes, and Convergence. *The American Exceptionalism Revisited / edited by M. Fantoni and L. Morlino*. Roma: Viella, 2015. pp. 79-108.
365. Sajó A. Courts as Representatives, or Representation Without Representatives: Report (The European Standards of Rule of Law and the Scope of Discretion of Powers in the Member State of the Council of Europe: Conference, Yerevan, Armenia, 3–5 July 2013) URL:

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDLJU\(2013\)008-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDLJU(2013)008-e) (Last accessed: 01.06.2024)

366. Sajó A. *Limiting government: an introduction to constitutionalism*. New York: Central European University Press, 1999. 292 p.
367. Sajó A. Preferred Generations: A Paradox of Restoration Constitutions. *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives / edited by Michel Rosenfeld*. Durham : Duke University Press, 1994. P. 335-352.
368. Sajó A. *Ruling by cheating : governance in illiberal democracy*. Cambridge : Cambridge University Press, 2021. 338 p.
369. Sajó A., Uitz R. *The constitution of freedom: an introduction to legal constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2017. 483 p.
370. Sajó A., Uitz R. The Sovereign Strikes Back: A Judicial Perspective on Multi-layered Constitutionalism in Europe. *European Journal of Law Reform*. 2018. Vol. 20. Iss. 2-3. pp. 97-119.
371. Santos Botelho C. Constitutional Narcissism on the Couch of Psychoanalysis: Constitutional Unamendability in Portugal and Spain *European Journal of Law Reform*. 2019. Vol. 21. Iss. 3 pp.345—375.
372. Sartori G. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. *The American Political Science Review*. 1962. Vol. 56. No. 4. pp. 853-864.
373. Scheppele K. L. Unconstitutional Constituent Power. *Modern constitutions / edited by R. M. Smith and R. R. Beeman*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2020. pp. 154-206.
374. Schmitt C. *Constitutional theory (1928)*. Durham: Duke University Press, 2008. 468 p.
375. Schmitt C. *Dictatorship: from the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle*. Cambridge: Polity Press, 2013. 314 p.

376. Schmitt C. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2005. lii + 70 pp.
377. Schmitt C. *Verfassungslehre*. Elfte Auflage Berlin: Duncker & Humblot, 2017. 404 s.
378. Schoettl J.-É. *La Démocratie au péril des prétoires: De l'État de droit au gouvernement des juges*. Paris: GALLIMARD, 2022. 256 p.
379. Schyff G. van der EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2016. № 76. pp. 167-191.
380. Scott P. (Political) Constitutions and (Political) Constitutionalism. *German Law Journal*. 2013. Vol. 14. Iss. 12. pp. 2157-2183.
381. Scotti V. R. Constitutional amendments and constitutional core values: the Brazilian case in a comparative perspective Emendas constitucionais e valores constitucionais fundamentais: o caso brasileiro em uma perspectiva comparativa. *Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba*. 2018. Vol. 5. No. 3. p. 59-76.
382. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 19 de enero de 1999 in *Revista de derecho publico No 77-78/79-80 Enero - Diciembre 1999* URL: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/1999-REVISTA-77-78-79-80.pdf> (Last accessed: 01.06.2024)
383. Sentencia Del Tribunal Constitucional N.º 014-2002-AI/TC <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html> (Last accessed: 01.06.2024)
384. Sentencia Del Tribunal Constitucional N.º 014-2003-AI/TC URL: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-AI.html> (Last accessed: 01.06.2024)
385. Shapiro S. J. *Legality*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 2011. 472 p.

386. Sharon J. In historic ruling, High Court strikes down key judicial overhaul legis-lation URL: <https://www.timesofisrael.com/in-historic-ruling-high-court-strikes-down-key-judicial-overhaul-legislation/> (Last accessed: 01.06.2024)
387. Sieyès E.-J. Qu'est-ce que le tiers état? Paris, 1789. 180 p.
388. Slinko T., Uvarova O. Freedom of Expression in Ukraine: (Non)sustainable Constitutional Tradition. *Baltic Journal of European Studies*. 2019. № 9(3). pp. 25–42.
389. Sloss D. The death of treaty supremacy : an invisible constitutional change. New York, NY : Oxford University Press, 2016. xiv, 458 p.
390. Smith E. Old and Protected? On the "Supra-Constitutional" Clause in the Constitution of Norway. *Israel Law Review*. 2011. Vol. 44. Iss. 3. pp.369–388.
391. Social and political foundations of constitutions / edited by D.J. Galligan, M. Versteeg. Cambridge : Cambridge University Press, 2013. 672 p.
392. Somek A. The cosmopolitan constitution. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2014. 291 p.
393. Spång M. Constituent Power and Constitutional Order: Above, Within and Beside the Constitution. Palgrave Macmillan UK, 2014. 211 p.
394. Stelzer M. Constitutional change in Austria. *Engineering Constitutional Change : A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, edited by Xenophon Contiades*. London; New York: Routledge, 2013. pp. 7-33.
395. Sudska odluka - U-II/603/2001 URL: <https://www.edusinfo.hr/sudska-praksa/USRH2001B603AII>
396. Sulikowski A. Postliberal Constitutionalism: the challenge of right wing populism in Central and Eastern Europe. Routledge, 2023. 140 p.

397. Sultany N. Law and revolution : legitimacy and constitutionalism after the Arab Spring . Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017. 375 p.
398. Suteu S. Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism. Oxford. Oxford University Press, 2021. 309 p.
399. Taleb N. N. Antifragile. Things that Gain from Disorder. London: Penguin, 2013. 544 p.
400. Tamanaha B. Z. On the rule of law : history, politics, theory. Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2004. 180 p.
401. Texte intégral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur> (Last accessed: 01.06.2024)
402. The Cambridge handbook on the material constitution / edited by Marco Goldoni, Michael A. Wilkinson. Cambridge : Cambridge University Press, 2023. xii, 381 p.
403. The foundations and traditions of constitutional amendment / edited by Richard Albert, Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou. Oxford ; London : Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing Plc ; Portland, OR : Hart Publishing, 2017. 399 p.
404. The Instrument of Government URL: <http://www.olivercromwell.org/wordpress/the-instrument-of-government/> (Last accessed: 01.06.2024)
405. The invisible constitution in comparative perspective / edited by R. Dixon, A. Stone. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. 583 p.
406. The law and politics of unconstitutional constitutional amendments in Asia / edited by Rehan Abeyratne and Ngoc Son Bui. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2022. 318 p.

407. The paradox of constitutionalism constituent power and constitutional form / edited by M. Loughlin and N. Walker. Oxford: Oxford University Press, 2008. 375 p.
408. Thornhill C. Constituent power and european constitutionalism. *Routledge handbook of comparative constitutional change / edited by Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou*. Abingdon, Oxon ; New York, NY : Routledge, 2021. pp. 277-293.
409. Thornhill C. Rights and constituent power in the global constitution. *International Journal of Law in Context*. 2014. Volume 10. Issue 3. pp. 357–396.
410. Tribe L. H. The invisible constitution / Laurence H. Tribe. Oxford; New York : Oxford University Press, 2008. 278 p.
411. Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. Paris: Presses Universitaires de France, 1994. 358 p.
412. Tushnet M. Authoritarian Constitutionalism. *Cornell Law Review* 2015. Volume 100. Issue 2. Pp. 391-462.
413. Tushnet M. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*. 2004. Volume 37. Issue 2. pp. 523-553.
414. Tushnet M. Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power. *International Journal of Constitutional Law*. 2015, Vol. 13. No. 3. pp. 642-643.
415. Tushnet M. Power to the people : constitutionalism in the age of populism. Oxford: Oxford University Press, 2021. 297 p.
416. Tushnet M. Taking the Constitution away from the courts Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1999. 242 p.
417. Uitz R. Reinventing Hungary with Revolutionary Fervor: The Declaration of National Cooperation as a Readers. Guide to the Fundamental Law of 2011. *J. M. Kovács & B. Trencsényi (Eds.) Brave New Hungary: Map-*

- ping the “*System of National Cooperation*”. Lanham; Boulder; New York; London: Rowman and Littlefield, 2020. pp. 9-28.
418. Ustava Republike Slovenije URL: <http://www.us-rs.si/media/ustava.pdf.pdf> (Last accessed: 01.06.2024)
419. Valadés D. El control del poder. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998. 466 p.
420. Varol O. O. Temporary Constitutions. *California Law Review*. 2014. Vol. 102. pp. 409-464.
421. Vattel Emer de. The law of nations, or, Principles of the law of nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns. Philadelphia: P.H. Nicklin and T. Johnson, 1829. 560 p.
422. Venezuela (Bolivarian Republic of) 1999 (rev. 2009) URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Venezuela_2009. (Last accessed: 01.06.2024)
423. Venice Commission, CDL-AD(2017)003, Spain - Opinion on the law of 16 October 2015 amending the Organic Law No. 2/1979 on the Constitutional Court. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)003-e) (Last accessed: 01.06.2024)
424. Verdugo S. Is it time to abandon the theory of constituent power? *International Journal of Constitutional Law*. 2023. Volume 21. Issue 1. pp. 14–79.
425. Verfassung des Großherzogtums Luxemburg vom 9. Juli 1848 in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Oktober 1868 URL: <https://www.verfassungen.eu/lu/luxemb68.htm> (Last accessed: 01.06.2024)
426. Verfassungstheorie / Herausgegeben von O. Depenheuer u. C. Grabenwarter. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. X, 972 s.

427. Versteeg M. Horley T., Meng A., Guim M., Guirguis M. The Law And Politics Of Presidential Term Limit Evasion. *Columbia Law Review*, January 2020, Vol. 120, No. 1, pp. 173-248.
428. Vorndran O. Die Entstehung der ukrainischen Verfassung . Veröffentlichungen des Osteuropa-Institutes, Munchen. Reihe: Wirtschaft und Gesellschaft, Vol. 24, 2000. 356 s.
429. Vovk D., Barabash Iu."Justices have a political sense.": the Constitutional court of Ukraine's jurisprudence in politically sensitive cases. *Ideology and Politics Journal*. 2021. № 2(18). pp. 329-330.
430. Walker N. Populism and constitutional tension. *International Journal of Constitutional Law*. 2019. Volume 17. Issue 2. pp. 515–535.
431. Wall Illan rua Human Rights and Constituent Power: Without Model or Warranty. Routledge, 2011. 207 p.
432. Wallis J. Constitution making during state building. Cambridge : Cambridge University Press, 2014. 401 p.
433. Weill R. Secession and the Prevalence of Both Militant Democracy and Eternity Clauses Worldwide. *Cardozo Law Review*. 2018. Volume 40. Issue 2. pp. 905- 989.
434. Wenman M. Agonistic Democracy: Constituent Power in the Era of Globalisation. Cambridge University Press, 2013. 348 p.
435. Wiener A. The Constitutional Significance of the Charter of Fundamental Rights. *German Law Journal*. 2001. Volume 2. Issue 18. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/constitutional-significance-of-the-charter-of-fundamental-rights/A9AD040759A1C9F05D78DDE3543E9E12> (Last accessed: 01.06.2024)

436. Wilkinson M.A. *Authoritarian liberalism and the transformation of modern Europe*. Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2021. 335 p.
437. Wilson W. *The State: Elements of Historical and Practical Politics*. Boston: D.C. Heath & Company, 1898. xxxv, 656 p.
438. Wolczuk K. *The Moulding Of Ukraine. The Constitutional Politics of State Formation*. Budapest: Central European University Press Collection : CEUP collection Lieu d'édition, 2001. 338 p.
439. *Women as constitution-makers : case studies from the new democratic era* / edited by Ruth Rubio-Marín, Helen Irving. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. 383 p.
440. Zalesny Ja (ed). *Constitutional Courts in Post-Soviet States: Between the Model of a State of Law and Its Local Application*. Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Warszawa, Wien: Peter Lang Publishing, 2019. 628 p.
441. Žalimas D. The Doctrine of Supra-Constitutionality and Lithuanian Constitutional Identity. *Journal of the University of Latvia. Law*. 2022. No. 15. pp. 5–17.
442. Žalimas D. "Hierarchy Of Constitutional Principles As Criteria Of Constitutionality Of Constitutional Amendments" in Presentation to the XVIIth Congress of the Conference of the European Constitutional Courts „Role of the Constitutional Courts in Upholding and Applying the Constitutional Principles“, June 28-July 1st, 2017, Batumi. URL: https://www.lrkt.lt/data/public/uploads/2017/09/hierarchy-of-constitutional-principles-as-criteria-of-amendments_batumi2017.pdf (Last accessed: 01.06.2024)

443. II Універсал Української Центральної Ради
<http://static.rada.gov.ua/site/const/universal-2.html> (Дата звернення:
01.06.2024)
444. III Універсал Української Центральної Ради URL:
<https://zakon.rada.gov.ua/go/n0005300-17> (Дата звернення: 01.06.2024)
445. Аджемоглу Д., Робінсон Д. Чому нації занепадають. 2-ге вид.,
випр. Київ: Наш формат, 2017. 440 с.
446. Аджемоглу Д., Робінсон Дж. Вузкий коридор. Держави, суспіль-
ства і доля свободи. Київ: Наш формат, 2020. 520 с.
447. Алексі Р. Конституційні права і конституційний контроль. *Філо-
софія і загальна теорія права*. 2015. № 1-2. С. 446-456.
448. Антологія конституційного процесу в сучасній Україні / Центр
Разумкова ; авт.-уклад.: Віктор Мусіяка. Київ : Заповіт, 2017. 782 с.
449. Антонюк Н., Верба-Сидор О., Пашук Т., Рабінович С. Незалеж-
ність і дисциплінарна відповідальність суддів: міжнародні стандарти й
націо-нальна практика: монографія. Львів : Видавництво БФ «Медици-
на і право», 2020. 249 с.
450. Антонюк О.А. Політико-модернізаційні виміри формування та
реалізації судово-правової політики. Одеса: Гельветика, 2021. 218 с.
451. Аристотель Політика: [витяги] *Антологія лібералізму: політико-
правничі вчення та верховенство права*. Київ: Книги для бізнесу / упо-
ряд.: С. Головатий, М. І. Козюбра, О. Сироїд, 2008. С. 90-129.
452. Баймуратов М.О., Хоббі Ю.С, Модифікації державного суверені-
тету в контексті взаємовідносин Європейського Союзу з державами-
членами. Суми: Університетська книга, 2013. 300 с.
453. Барабаш Ю. Г. Державно-правові конфлікти в теорії та практиці
конституційного права: Монографія. Харків: Право, 2008. 220 с.

454. Барабаш Ю. Г. Право визначення конституційного ладу народом України (Аналітична записка № 2 Комісії з питань здійснення народовладдя). *Конституційна асамблея: політико-правові аспекти діяльності*. 2012. № 3. С. 4–12.
455. Барабаш Ю. Право на зміну конституційного ладу як складова правосуб'єктності Українського народу. *Право України*. 2019. № 10. С. 66-80.
456. Барабаш Ю. Установча влада українського народу як конституційний елемент. *Право України*. 2009. № 11. С. 73-79.
457. Барабаш Ю., Берченко Г. Чи здатна захистити себе демократія в умовах війни? (на досвіді державного будівництва під час російської агресії). *Право України*. 2023. № 1. С. 54-75.
458. Барабаш Ю.Г. Конституційна реформа та стабільність конституційного ладу: правовий аналіз системного взаємозв'язку. *Правова система України: історія, стан та перспективи: У 5 т. Т. 2. Конституційні засади правової системи України і проблеми її вдосконалення*. Харків: Право, 2008. С. 32-58.
459. Бауман З., Донскіс Л. Плинне зло. Життя без альтернатив. Київ: Дух і Літера, 2017. 216 с.
460. Башлаков С., Золотарев В., Хохлов В. Либертарианская перспектива. От посткоммунизма к свободному обществу. Киев: Ника-Центр, 2019. 344 с.
461. Башлер Ж. Нарис загальної історії. К. : Ніка-центр, 2005. 392 с.
462. Бек У. Влада і контрвлада у добу глобалізації. Нова світова політична економія / Ульрих Бек ; пер. з нім. О.Юдіна. Київ: НікаЦентр, 2011. 408 с.

463. Берназюк Я. Конституційний процес в Україні: сучасний стан та основні кроки на шляху до прийняття нової конституції. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 1. С. 48-51.
464. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. Київ: Україна, 1999. 554 с.
465. Берченко Г.В. Відновлення дії тексту конституції в аспекті концепції установчої влади. *Форум права*. 2016. № 4. С. 25–34. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2016_4_7 (Дата звернення: 01.06.2024)
466. Берченко Г.В. Декларація про державний суверенітет України і Акт проголошення незалежності в аспекті доктрини конституційного блоку. *Право та державне управління*. 2020. № 4. С. 24-30.
467. Берченко Г.В. Загальна характеристика незмінюваних положень конституції. *Філософія права і загальна теорія права*. 2021. № 2. С. 78-92 DOI: <https://doi.org/10.31359/2227-7153-78>
468. Берченко Г.В. Застереження Конституційного Суду України як елемент процедури внесення змін до Конституції України. *Актуальні проблеми політики*. 2020. № 66. С. 118-123.
469. Берченко Г.В. Конституційне право на опір. *Проблеми законності*. 2020. № 4. С. 18-30.
470. Берченко Г.В. Конституційний контроль за внесенням змін до конституції: зарубіжний досвід. *Публічне право*. 2020. № 3. С. 9-16.
471. Берченко Г.В. Конституція як основний закон: проблеми теорії і практики. *Юридичний вісник*. 2020. № 6. С. 39-46.
472. Берченко Г.В. Конформне (узгоджене з Конституцією) тлумачення законів Конституційним Судом України. *Сучасні конституційні доктрини: проблеми формування та застосування в юрисдикційній практиці. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної науко-*

- вої конференції (11 червня 2021 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків: ТОВ «Видавництво „Права людини“», 2021. С. 132-134.
473. Берченко Г.В. Концепт «установча влада» у сучасному українському науковому дискурсі. *Вчені записки Таврійського національного університету імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2020. Том 31. (70). № 6. 2020. С. 13-18. DOI: <https://doi.org/10.32838/TNU-2707-0581/2020.6/03>
474. Берченко Г.В. Політичний популізм і установча влада народу. *Juris Europensis Scientia*. 2020. № 3. С. 7-11.
475. Берченко Г.В. Попередній контроль за змінами Конституції: юридичні позиції Конституційного Суду України. *Право і суспільство*. № 6-1. 2019. С. 9-16. DOI: <https://doi.org/10.32842/2078-3736-2019-6-1-2>
476. Берченко Г.В. Право народу визначати і змінювати конституційний лад в аспекті здійснення установчої влади. *Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2020. № 46. С. 10-14.
477. Берченко Г.В. Преамбула конституції: юридична природа та практика внесення змін. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. № 5 (34). С. 44-48.
478. Берченко Г.В. Прогалини в конституції: постановка проблеми. *Право і суспільство*. 2020. № 6. С. 3-9.
479. Берченко Г.В. Розвиток учення про конституцію: теорія і практика. *Публічне право*. 2020. № 4. С. 6-13. DOI: <https://doi.org/10.32782/2306-9082/2020-40-1>

480. Берченко Г.В. Установча влада і набуття чинності Конституцією України. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки*. 2020. № 4. С. 20-28.
481. Бисага Ю.М., Нечипорук А.Ю. Модифікація конституції: теоретичні аспекти. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. № 1. С. 54-61.
482. Білль про права (Bill of rights – «An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown»), 1689 року. *Конституції країн світу: Конституційні акти Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії*. Київ: ОВК, 2023. С. 30-38.
483. Бориславська О. Державна мова і конституційна ідентичність України: природа взаємозв'язків. *Український часопис конституційного права*. 2023. № 3. С. 3-15.
484. Бориславська О. М. Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз. Харків: Право, 2018. 384 с.
485. Бринцев В.Д. Судовий конституціоналізм в Україні: доктрина і практика формування: у 2 кн. Кн. 2. Харків: Право, 2015. 376 с.
486. Бринцев В.Д. Судовий конституціоналізм в Україні: доктрина і практика формування: у 2 кн. Кн. 1. Харків: Право, 2013. 392 с.
487. Буроменский М.В. Политические режимы государств в международном праве. Влияние международного права на политические режимы государств. Харьков: Ксилон, 1997. 244 с.
488. Буткевич В. Конституція України: проблеми вироблення нового проекту. *Право України*. 2014. № 7. С. 85-110.
489. Вдовіченко С. Відновлення дії попередньої редакції нормативно-правового акта внаслідок визнання Конституційним Судом України внесених до нього змін неконституційними. *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 2. С. 73-81.

490. Вдовіченко С. Доктрина відновлення дії попередньої редакції норм законів у діяльності Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2013. № 6. С. 93-101.
491. Вдовіченко С. Наступний конституційний контроль змін до Основного Закону України: перевірка часом. *Контроль за дотриманням належної конституційної процедури: за матеріалами Рішення Конституційного Суду України від 30 верес. 2010 р. № 20-рп/2010 у справі про дотримання процедури внесення змін до Конституції України / С. Л. Вдовіченко та ін.* Київ : Алерта, 2011. С. 20-31.
492. Вебер М. Господарство і суспільство: нариси соціології розуміння. Київ: Вид. Дім «Всесвіт», 2012. 1112 с.
493. Венеціанська комісія. Висновок щодо проекту Конституції України від 21 травня 1996 р. CDL-INF (96)6 щодо тексту, затвердженого Конституційною комісією 11 березня 1996 р. Конституція незалежної України. Кн. 2. Ч. 1. Київ: Українська правнича фундація, 1997. С. 245-268.
494. Венеціанська комісія. Попередній висновок CDL-PI(2015)016 від 24 липня 2015 року URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/CDL_PI_2015_016_2015_07_24.pdf
495. Верба С. Представницька демократія і демократичні громадяни : філософське і емпіричне розуміння. *Демократія: Антологія / Упоряд. О. Проценко*. Київ: Смолоскип, 2005. С. 943-982.
496. Верлос Н. В. Рецепція у конституційному праві: досвід компаративного аналізу. Запоріжжя : Видавничий дім «Гельветика», 2020. 364 с.
497. Винниченко В. Відродження нації. Заповіт борцям за визволення. Київ: КНИГА РОДУ, 2008. 800 с.

498. Висновок Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту "Про внесення змін до Конституції України" вимогам статей 157 і 158 Конституції України (справа про законопроект N 4105 з внесеними до нього поправками) Справа N 1-23/2004 від 16 березня 2004 року N 1-в/2004 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001v710-04#Text> (Дата звернення: 01.06.2024)
499. Висновок Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 30 липня 2015 року № 2-в/2015 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002v710-15#Text> (Дата звернення: 01.06.2024)
500. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до статей 85 та 101 Конституції України (щодо уповноважених Верховної Ради України) (реєстр. № 1016) вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 20 листопада 2019 року № 6-в/2019 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006v710-19#Text> (Дата звернення: 01.06.2024)
501. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до статті 81 Конституції України (щодо додаткових підстав дострокового припинення повноважень народного депутата України) (реєстр. № 1027) вимогам ста-

- тей 157 і 158 Конституції України 24 грудня 2019 року № 9-в/2019 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009v710-19#Text> (Дата звернення: 01.06.2024)
502. Водянніков О. Конституціоналізм в екстремальних умовах: установча і встановлена влада в кризові періоди. *Український часопис конституційного права*. 2021. № 4. С. 8-37.
503. Водянніков О. Ю. Конституція і революція: анатомія установчої влади. *Конституційний полілог. 20 років Конституції України: суспільство і влада в конституційному процесі. Збірка тез міжнародної науково-практичної конференції*. Київ.: ВАІТЕ, 2016. С. 15-69.
504. Водянніков О. Прерогативні установчі повноваження українського парламенту. *Публічне право*. 2023. № 2. С. 14-27.
505. Волошин Ю. О. Конституційно-правове забезпечення європейської міждержавної інтеграції: теоретико-методологічні аспекти; за ред. М. О. Баймуратов; Маріупол. держ. гума-нітар. ун-т, Європ. орг. публіч. права. Представництво в Україні. Київ: Логос, 2010. 428 с.
506. Волошин Ю.А., Пересада О.М. Конституційна реформа та модернізація в сучасній державі в умовах європейської інтеграції: проблеми теорії і практики. Одеса: Фенікс, 2013. 208 с.
507. Габермас Ю. Залучення іншого. Студії з політичної теорії / Перекл. з нім. Андрій Дахній; наук. Ред. Борис Поляруш. Львів: Астролябія, 2006. 416 с.
508. Гаєк Ф. А. Конституція свободи / Пер. з англ. Мирослави Олійник та Андрія Королишина. Львів: Літопис, 2002. 556 с.
509. Гантінгтон С. Політичний порядок у мінливих суспільствах / пер. з англ. Тарас Цимбал. Київ: Наш формат, 2020. 448 с.
510. Гегель Г. Основи філософії права, або природне право та державознавство (1820). Київ: Юніверс, 2000. 336 с.

511. Гелд Д., МакГрю Е., Голдблатт Д., Перратон Дж. Глобальні трансформації. Політика, економіка, культура. К.: Фенікс, 2003. 584 с.
512. Годованець В. Ф. Головін А.С. Конституційне право України: навч. посіб. К.: ДП «Видавничий дім «Персонал», 2011. 384 с.
513. Голова КСУ (2007—2010 рр.) Андрій Стрижак: «Порушення процедури внесення змін до Основного Закону знову може мати наслідком визнання їх нелегітимними» URL: https://zib.com.ua/ua/129256-golova_ksu_20072010_rr_andriy_strizhak_porushennya_proceduri.html
514. Головатий С. Еволюція української офіційної доктрини конституційного права. *Конституція України в практиці конституційного суду: офіційне тлумачення та юридичні позиції 1997-2023*. Київ: ВАІ-ТЕ, 2024. С. 29-31.
515. Головатий С. Золота корона української правничої спадщини. *Конституційна традиція української державності; відп. ред. С. Головатий / упоряд. М. Трофимук, О. Трофимук, Д. Гордієнко, О. Середа*. Київ: Всеукраїнська правозахисна організація "Меморіал" імені Василя Стуса. Юридичне видавництво "Право України, 2021. С. 210-231.
516. Головатий С. П. Про людські права : лекції. Київ : Дух і літера, 2016. 760 с.
517. Головатий, С. П. Верховенство права: у 3-х кн. / С. Головатий. Київ : "Фенікс". Кн. 3 : Верховенство права: український досвід. Київ : "Фенікс", 2006. С. 1277-1747 с.
518. Головатий, С. П. Верховенство права: у 3-х кн. / С. Головатий. Київ : "Фенікс". Кн. 1 : Верховенство права: від ідеї - до доктрини. Київ : "Фенікс", 2006. 624 с.
519. Горобець К.В. Аксиосфера права: філософський и юридический дискурс. Одеса: Феникс, 2013. 218 с.

520. Грицак Я. Подолати минуле: глобальна історія України. Київ: Портал, 2022. 432 с.
521. Грищук О.В. Філософія конституційних цінностей: монографія. Київ: «Компанія ВАІТЕ». 2019. 416 с.
522. Грушевський М. Ілюстрована історія України з додатками та доповненнями. Донецьк: ТОВ «ВКФ «БАО», 2010. 736 с.
523. Гурієв С., Трейсман Деніел. Спін-диктатори. Як змінюється обличчя тираній в ХХІ столітті. Київ: Видавництво Букшеф, 2023. 432 с.
524. Гьофе О. Розум і право. Складові інтелектуального правового дискурсу Київ: Альтерпрес, 2003. 264 с.
525. Даймонд Л. Три парадокси демократії. *Демократія: Антологія / Упоряд. О.Проценко*. Київ: Смолоскип, 2005. С. 92-104.
526. Дайсі А. Вступ до вчення про право конституції. *Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права*. Відп. ред. С. Головатий. Київ: Книги для бізнесу, 2008. С. 511-528.
527. Дальберг-Актон Джон Емеріх Едвард Нариси з історії свободи, влади та демократії. Київ: Видавничий дім «Простір», 2019. 712 с.
528. Данило Яневський: 6 / 676 / 4481 URL: <https://tokar.ua/read/26124>
(Дата звернення: 01.06.2024)
529. Дейвіс Н. Європа: історія. Київ: Основи, 2020. 1464 с.
530. Декрет Временного Правительства Кыргызской Республики от 12 апреля 2010 года ВП № 2 “О расформировании Конституционного суда Кыргызской Республики» URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/preview/ru-ru/202766/10?mode=tekst> (Дата звернення: 01.06.2024)
531. Державний суверенітет: теоретико-правові проблеми / За ред.. Ю.П. Битяка, І.В. Яковюка. Харків: Право, 2010. 272 с.
532. Джерела конституційного права України. відп. ред.: Ю. С. Шемшученко, О. І. Ющик. Київ: Наук. думка, 2010. 711 с.

533. Джудіс Дж. Великий вибух популізму. Харків: Клуб сімейного дозвілля, 2017. 192 с.
534. Джунь В.В. Соціологія конституційного права. Кн. 1: Теоретико-методологічні основи. Київ: Ін Юре, 2015. 384 с.
535. Джунь В.В. Соціологія конституційного права. Кн. 2: Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2018. 598 с.
536. Дністрянський С. Загальна наука права і політики. Том 1. Львів: Видавництво Українського католицького університету, 2019. 428 с.
537. Дністрянський С. Конституція Західно-української народної республіки. *Стецюк П. Б. Станіслав Дністрянський як конституціоналіст*. Львів : Б. в., 1999. С.161-186.
538. Дністрянський С. Теорія конституції. *Стецюк П. Б. Станіслав Дністрянський як конституціоналіст*. Львів : Б. в., 1999. С. 186-208.
539. Ейхельман О. Проект Конституції – основних державних законів – Української Народньої Республіки. Київ-Тернів: Вид-во С.У.Д., 1921. 96+VIII с.
540. Євграфов П.Б. Конституція України: коментар змін (2004-2007). Теоретичні та практичні аспекти. Київ: Правова єдність, 2007. 204 с.
541. Євграфова Є. П. Щодо ідеальної конституції, її виконання і вітчизняного досвіду проектування. *Право України*. 2014. № 7. С. 121-129.
542. Європейський словник філософій: Лексикон неперекладеностей. Пер. з фр. Том перший. Вид. друге, виправл. Київ: Дух і літера, 2011. 576 с.
543. Європейський словник філософій: Лексикон неперекладеностей. Пер. з фр. Том третій. Київ: Дух і літера, 2013. 328 с.

544. Єрмолаєв В.М. Історія вищих представницьких органів влади в Україні: Харків: Право, 2007. 280 с.
545. Жук Н.А. Парламент, Президент, уряд: через взаємостримування до рівноваги. Харків: Харків юридичний, 2007. 320 с.
546. Забоклицький І. Транснаціоналізація сучасного конституціоналізму: теорія та практика. Київ: «Видавництво Людмила», 2020. 396 с.
547. Загальна теорія права / За заг. ред. М.І. Козюбри. Київ: Ваїте, 2015. 392 с.
548. Задорожній О.В. Анексія Криму - міжнародний злочин. Київ: К.І.С., 2015. 572 с.
549. Заключение Конституционного Совета Республики Казахстан от 4 мая 2022 года № 1 «О проверке проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» на соответствие требованиям, установленным пунктом 2 статьи 91 Конституции Республики Казахстан»» URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32834868&doc_id2=33643774#pos=6;-106&sel_link=1008710906 (Дата звернення: 01.06.2024)
550. Закон КР от 23 октября 2007 года № 157 "О новой редакции Конституции Кыргызской Республики URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ua/202191?cl=ru-ua> (Дата звернення: 01.06.2024)
551. Закон КР от 5 мая 2021 года № 59 "О Конституции Кыргызской Республики" URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ua/112215> (Дата звернення: 01.06.2024)
552. Закон Кыргызской Республики от 5 мая 2021 года № 59 «О Конституции Кыргызской Республики» URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/112215?cl=ru-ru> (Дата звернення: 01.06.2024)

553. Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення їх у відповідність із Конституцією України" від 7 жовтня 2010 року N 2592-VI URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2592-VI#Text> (Дата звернення: 01.06.2024)
554. Закон України «Про Кабінет Міністрів України» від 7 жовтня 2010 року N 2591-VI URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2591-17#Text> (Дата звернення: 01.06.2024)
555. Зелена книга української конституційної реформи: матеріали для громадського об-говорення / ШПА при НАУКМА, ЦППР, УНЦПД, КВУ: За заг. ред. І. Коліушка, Ю.Кириченко. Київ: «Лікей», 2007. 32 с.
556. Івановська А.М. Конституційний контроль: теорія і практика реалізації. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2020. 558 с.
557. Кампо В. Конституція і становлення конституційної демократії в Україні (2014-1018 роки). Київ: Гамазин, 2019. 172 с.
558. Кельзен Г. Функція конституції. *Наукові записки ХЕПУ*. 2011. № 2(11). С. 104-112.
559. Кельзен Г. Чисте Правознавство: з додатком: Проблема справедливості / пер. з нім. О. Мокровольський. Київ: Юніверс, 2004. 496 с.
560. Ковальчук В. Б. Установча влада та конституційна реформа в Україні. *Конституційний полілог. 20 років Конституції України: суспільство і влада в конституційному про-цесі. Збірка тез міжнародної науково-практичної конференції*. Київ.: ВАІТЕ, 2016. С. 153-161.
561. Ковальчук В. Конституціоналізм чи популізм: про ціннісний вибір в умовах демократичної трансформації. *Доктринальні підходи в діяльності Конституційного Суду України: зб. матеріалів і тез на-*

- ук. -практ. онлайн-конф. (м. Київ, 28 жовтня 2020 р). Київ: Ваїте, 2020. С. 21-24.
562. Ковтун В. І. Гарантії державного суверенітету України: конституційні аспекти. Харків: Фактор, 2014. 216 с.
563. Козюбра М. Взаємозв'язки між народовладдям, парламентаризмом та верховенством права: європейські стандарти і сучасні українські реалії. *Право України*. 2019. № 11. С. 83-97.
564. Козюбра М.І. Практична філософія права. Київ: «Дух і літера», 2024. 496 с.
565. Колісник В. Демократія в Україні після і до реформи. URL: <https://www.pravda.com.ua/articles/2010/10/19/5492052/> (Дата звернення: 01.06.2024)
566. Колісник В. П., Берченко Г. В., Слінько Т. М. Конституційна ідентичність як втілення установчої влади. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 69–88.
567. Колісник В. Правовий механізм трансформації української Конституції. *Вісник Академії правових наук України*. 2009 р. №3(58). Х.: Право, 2009. С. 58-66.
568. Колісник В.П. Подвійний вотум у процедурі ухвалення конституційного закону. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2005. Випуск 9. С. 25-35.
569. Коліушко І., Кириченко Ю. Конституційна асамблея — шлях до нової Конституції України URL: https://zn.ua/ukr/internal/konstitutsiyna_asambleya_shlyah_do_novoyi_konstitutsiyi_ukrayini.html (Дата звернення: 01.06.2024)

570. Колодій О.А. Конституційно-правовий статус Українського народу: доктрина, регламентація, поняття та елементи. Київ: Видавництво Ліра-К, 2020. 452 с.
571. Комарова Т. В. Роль Суду справедливості Європейського Союзу у формуванні доктрини конституціоналізації права ЄС. *Право України*. 2019. № 6. С. 69-85.
572. Конституционное право зарубежных стран: учебник / Н.В. Мишина, А.Р. Крусян, Д.Я. Гараджаев и др. Харьков: Право, 2015. 848 с.
573. Конституционный Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» (май 2022 года) URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32834868&pos=7;-60#pos=7;-60 (Дата звернення: 01.06.2024)
574. Конституция Кыргызской республики 2010 г. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202913?cl=ru-ru> (Дата звернення: 01.06.2024)
575. Конституция Молдовы URL: <https://www.parlament.md/LinkClick.aspx?fileticket=R1OyiILY1gk%3d&abid=151&language=ro-RO> (Дата звернення: 01.06.2024)
576. Конституция Республики Казахстан URL: https://www.akorda.kz/ru/official_documents/constitution (Дата звернення: 01.06.2024)
577. Конституция Республики Молдова URL: https://www.constcourt.md/public/files/file/Baza%20legala/constitutia_ro_2_2.05.17_ru.pdf (Дата звернення: 01.06.2024)
578. Конституційне подання щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до статті 80 Конституції України (щодо недоторканності народних депутатів Укра-

- їни)» від 3 вересня 2019 р. № 27-IX URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/3_39.pdf (Дата звернення: 01.06.2024)
579. Конституційне право України: підручник / за заг. ред. Т. М. Слінько ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків : Право, 2020. 592 с.
580. Конституційне право: підручник / за загальною редакцією М.І. Козюбри. / Ю.Г. Барабаш, О.М. Бориславська, В.М. Венгер, М.І. Козюбра, А.А. Мелешевич. Київ: Ваіте, 2021. 528 с.
581. Конституційний акт Королівства Данія 1953 р. *Конституції країн світу: Королівство Данія, Французька Республіка, Чеська Республіка, Республіка Польща*. Київ: ОВК, 2021. С. 11-39.
582. Конституційний процес в Україні та світовий досвід конституціоналізму / Шемшученко Ю. С., Батанов О. В., Крусян А. Р. та ін. ; наук, ред. Ю. С. Шемшученко, відп. ред. П. М. Пархоменко. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2014. 262 с.
583. Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики. До 10-ї річниці незалежності України. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. 356 с.
584. Конституції країн світу: Конституційні акти Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії. Київ: ОВК, 2023. 700 с.
585. Конституція Болгарії. *Конституції країн світу: Республіка Болгарія, Румунія, Угорщина, Республіка Хорватія*. Київ: ОВК, 2021. С. 17-67.
586. Конституція Боснії і Герцеговини (від 21.11. 1995 року). *Конституції країн світу: Республіка Словенія, Боснія і Герцеговина, Республіка Північна Македонія*. Київ: ОВК, 2021. С. 73-98.

587. Конституція Грецької республіки. *Конституції країн світу: Конституція Грецької Республіки. Конституція Республіки Кіпр, Конституція Турецької Республіки.* Київ: ОВК, 2021, С. 21-112.
588. Конституція Естонської Республіки. *Конституції країн світу: Латвійська Республіка, Литовська Республіка, Естонська Республіка.* Київ: ОВК, 2022. С. 101-160.
589. Конституція Князівства Андорра. *Конституції країн світу. Князівство Андорра, Гібралтар, Князівство Ліхтенштейн, Республіка Сан-Марино.* Київ: ОВК, 2023. С. 18-57.
590. Конституція Князівства Монако. *Конституції країн світу. Королівство Нідерланди, Велике Герцогство Люксембург. Республіка Мальта. Князівство Монако.* Київ: ОВК, 2023. С. 234-258.
591. Конституція Королівства Бельгія. *Конституції країн світу. Королівство Бельгія. Федеративна Республіка Німеччина. Королівство Швеція.* Київ: ОВК 2021. С. 17- 107.
592. Конституція Королівства Іспанія. *Конституції країн світу: Італійська Республіка, Держава-Місто Ватикан, Королівство Іспанія, Португальська Республіка.* Київ: ОВК, 2021. С. 85-162.
593. Конституція Королівства Нідерландів. *Конституції країн світу. Королівство Нідерланди, Велике Герцогство Люксембург. Республіка Мальта. Князівство Монако.* Київ: ОВК, 2023. С. 17-74.
594. Конституція Королівства Норвегія. *Конституції країн світу: Швейцарська Конфедерація, Королівство Норвегія, Фінляндська Республіка.* Київ: ОВК, 2021. С. 95-124.
595. Конституція Королівства Швеція (від 1974 р.). *Конституції країн світу: Королівство Бельгія, Федеративна Республіка Німеччина, Королівство Швеція.* Київ: ОВК 2021. С. 246-369.

596. Конституція Латвійської Республіки. *Конституції країн світу: Латвійська Республіка, Литовська Республіка, Естонська Республіка.* Київ: ОВК, 2022 с. 15-34.
597. Конституція Литовської Республіки. *Конституції країн світу: Латвійська Республіка, Литовська Республіка, Естонська Республіка.* Київ: ОВК, 2022. С. 35-100.
598. Конституція Португальської Республіки. *Конституції країн світу: Італійська Республіка, Держава-Місто Ватикан, Королівство Іспанія, Португальська Республіка.* Київ: ОВК, 2021. С. 165-319.
599. Конституція Республіки Кіпр. *Конституції країн світу: Конституція Грецької Республіки. Конституція Республіки Кіпр, Конституція Турецької Республіки.* Київ: ОВК, 2021, С. 114- 256.
600. Конституція Республіки Косово (від 09.04.2008 року). *Конституції країн світу: Республіка Сербія, Республіка Косово, Республіка Албанія, Чорногорія.* Київ: ОВК, 2022. С. 117-201.
601. Конституція Республіки Північна Македонія. *Конституції країн світу: Республіка Словенія, Боснія і Герцеговина, Республіка Північна Македонія.* Київ: ОВК, 2021. С. 99-162.
602. Конституція Республіки Польща. *Конституції країн світу: Королівство Данія, Французька Республіка, Республіка Польща.* Київ: ОВК, 2021. С. 151-231.
603. Конституція Республіки Сербія. *Конституції країн світу: Республіка Сербія, Республіка Косово, Республіка Албанія, Чорногорія.* Київ: ОВК, 2022 С. 19-116.
604. Конституція Республіки Словенія від 23 грудня 1991 року <http://lib.rada.gov.ua/static/LIBRARY/catalog/law/sloven1.html> (Дата звернення: 01.06.2024)

605. Конституція Республіки Словенія. *Конституції країн світу: Республіка Словенія, Боснія і Герцеговина, Республіка Північна Македонія*. Київ: ОВК, 2021. С. 19-71.
606. Конституція Республіки Хорватія. *Конституції країн світу: Республіка Болгарія, Румунія, Угорщина, Республіка Хорватія*. Київ: ОВК, 2021. С. 193-248.
607. Конституція Румунії. *Конституції країн світу: Республіка Болгарія, Румунія, Угорщина, Республіка Хорватія*. Київ: ОВК, 2021. С. 69-121.
608. Конституція Сполучених Штатів Америки. *Конституції країн світу: Сполучені Штати Америки, Канада*. Київ: ОВК, 2024. С. 14-46.
609. Конституція Турецької Республіки. *Конституції країн світу: Конституція Грецької Республіки, Конституція Республіки Кіпр, Конституція Турецької Республіки*. Київ: ОВК, 2021. С. 257-403.
610. Конституція України : наук.-практ. коментар / В. Б. Авер'янов [та ін.] ; голова редкол. В. Я. Тацій ; Академія правових наук України. Х. : Право; Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 806 с.
611. Конституція України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
(Дата звернення: 01.06.2024)
612. Конституція України. Науково-практичний коментар / [редкол.: Р.О. Стефанчук (співголова), О.В. Петришин (співголова), Ю.Г. Барабаш та ін.; вступ сл. В.Зеленського]; за заг. ред. Р.О. Стефанчука й О.В. Петришина; Нац. акад. прав. наук України; Конст. Суд України. Харків: Право, 2024. 1176 с.
613. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В.Я.Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Бара-

- баш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2011. 1128 с.
614. Конституція Французької Республіки (з передмовою Володимира Шаповала) Київ: Москаленко О.М, 2018. 56 с.
615. Конституція Французької Республіки. *Республіки Конституції країн світу: Королівство Данія, Французька Республіка, Чеська Республіка, Республіка Польща*. К.: ОВК, 2021. С. 40-99.
616. Конституція Чеської Республіки. *Конституції країн світу: Королівство Данія, Французька Республіка, Чеська Республіка, Республіка Польща*. К.: ОВК, 2021. с. 100-150.
617. Конституція Чорногорії. *Конституції країн світу: Республіка Сербія, Республіка Косово, Республіка Албанія, Чорногорія*. К.: ОВК, 2022 С. 271-322.
618. Конституція Швейцарської Конфедерації. *Конституції країн світу: Швейцарська Конфедерація, Королівство Норвегія, Фінляндська Республіка*. К.: ОВК, 2021. С. 16-93.
619. Копиленко О.Л. «Сто днів» Центральної Ради. Київ: «Україна», 1992. 204 с.
620. Королева-Борсоди Н.В. Основы конституционного права Швейцарии. Учебно-методическое пособие. Киев: Юстиниан, 2009. 536 с.
621. Куненко І. С. Види конституційного процесу: поняття та особливості реалізації. *Часопис Київського університету права*. 2013. N 4. С. 104-108.
622. Курс конституционного права Украины. Том 1. Общая часть: Основы теории конституционного права. Учебник (Под ред. М.А. Баймуратова и А.В. Батанова). Харьков: Одиссей, 2008. 672 с.

623. Лавриновичу зачитали обвинувачення, він його не розуміє URL: <https://www.pravda.com.ua/news/2018/10/17/7195446/> (Дата звернення: 01.06.2024)
624. Лемак В. В.. Реформа Конституції: технологічні вимоги на тлі європейського досвіду. *Національна академія правових наук України. Вісник Національної академії правових наук України : зб. наук. пр. / Нац. акад. прав. наук України*. Харків : Право, 2016. 2016. №3 (86). С. 23-30.
625. Летнянчин Л. І. Пряма дія норм Конституції України: від принципу – до практичного застосування. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2017. № 4. С. 115-127.
626. Летнянчин Л.І. Спадщина професора Ю.М. Тодики як складова частина конституційної доктрини України. *Український конституціоналізм: виклики, народжені свободою. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції (23 грудня 2022 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*. Харків: ТОВ «Видавництво „Права людини“», 2022. С. 58-60.
627. Лисяк-Рудницький І. Історичні есе. Т. 2. Видання 2-е. Київ: Дух і літера, 2019. 624 с.
628. Лисяк-Рудницький І. Україна між сходом і заходом. Формування українського народу й нації. Русифікація чи малоросіянізація? Київ: ПрАТ «Українська прес-група», 2012. 64 с.
629. Лок Дж. Два трактати про правління. Київ: Наш формат, 2020. 312 с.
630. Луук ван Мідделаар. Нова політика Європи: десять років політичних криз / Пер. з англ. Олексія Панича. Київ: Дух і літера, 2021. 408 с.

631. Луук ван Міделлаар. Перехід до Європи. Як континент став союзом. Київ: Дух і літера, 2018. 576 с.
632. Львова Є. О. Глобальний конституціоналізм: теоретичні підходи та правові виклики до формування; за ред. М. О. Баймуратова. Одеса: Фенікс, 2019. 292 с.
633. Любченко П. М. Проблемні питання рішень Верховної Ради України та Конституційного Суду України в аспекті внесення змін до Конституції України. *Державне будівництво та місцеве самоврядування* : зб. наук. пр. / Нац. акад. прав. наук України, НДІ держав. буд-ва та місцевого самоврядування. Харків : Право, 2016. Вип. 31. С. 15-24.
634. Мак-Ніл В. Піднесення Заходу. Історія людської спільноти. Пер. за англ. 3-тє вид. Київ: Ніка-Центр, 2020. 960 с.
635. Максакова Р. Конституційні основи становлення та організації установчої влади в Україні. *Юридичний вісник*. 2015. № 3. С. 235-243.
636. Максакова Р. Установча влада як особливий вид публічної влади: новий погляд на традиційну концепцію установчої влади. *Публічне право*. 2012. № 3(7). С. 307-314.
637. Максакова Р.М. Конституційно-правові проблеми організації та реалізації установчої влади в Україні. Запоріжжя: Класичний приватний університет, 2012. 436 с.
638. Марчук М.І. Державний лад Республіки Польща. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю «12.00.02» – конституційне право; муніципальне право. Харків, 2020. 516 с.
639. Мелашенко В.Ф. Основи конституційного права України: Курс лекцій. Київ: Вентурі, 1995. 240 с. С. 220.

640. Мельник М. Конституційна афера URL: <https://zn.ua/ukr/internal/konstituciyna-afera-.html> (Дата звернення: 01.06.2024)
641. Мере Ж. Принцип суверенітету. Історія та основи новітньої влади. /Перекл. з французької Леоніда Кононовича. Львів: Кальварія, 2003. 216с.
642. Мироненко О. М. Витоки українського революційного конституціоналізму 1917-1920 рр. Теоретико-методологічний аспект. Київ : Ін-т держави і права НАН України, 2002. 260 с.
643. Мироненко О. М. Конституційний Суд України: історія і сучасність, доктрина і практика. Київ: Київська правда, 2011. 910 с.
644. Мірило правовладдя (Rule of Law Checklist) URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/Rule_of_Law_Checklist_UKR.pdf (Дата звернення: 01.06.2024)
645. Мірошниченко Ю. Р. Конституційно-правове забезпечення народовладдя в Україні. Київ: Фенікс, 2012. 360 с.
646. Монтеск'є Ш. Дух законів. *Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права. Відп. ред. С. Головатий.* Київ: Книги для бізнесу, 2008. С. 387-443.
647. Мучник А.Г. Комментарий к Конституции Украины. 2-е изд., исправ. и доп. Киев: Парламентское издательство, 2003. Кн. 1. 400 с.
648. Народовладдя в Україні: глобалізаційні виклики / Р.О. Стефанчук, С.О. Кузніченко, І.М. Мищак, О.В. Совгиря, В.Л. Федоренко, А.О. Янчук. Одеса: Гельветика, 2020. 764 с.
649. Нове народження України – Конституційний маніфест URL: <https://ucu.edu.ua/news/108241-2/> (Дата звернення: 01.06.2024)

650. Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 9 марта 2017 г. № 1 URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36772838 (Дата звернення: 01.06.2024)
651. Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 31 января 2011 г. № 2 URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30923722 (Дата звернення: 01.06.2024)
652. Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 9 марта 2017 г. № 1 URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36772838 (Дата звернення: 01.06.2024)
653. Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М.І. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади вимогам статей 157 і 158 Конституції України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nd02d710-15#n2> (Дата звернення: 01.06.2024)
654. Окрема думка судді КСУ Шаповала В.М. стосовно Рішення від 27 березня 2000 року N 3-рп/2000 (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою). *Вісник Конституційного Суду України*. 2000. № 2. С. 14-16.
655. Основний Закон Угорщини. *Конституції країн світу: Республіка Болгарія, Румунія, Угорщина, Республіка Хорватія*. Київ: ОВК, 2021 С. 123-192.

656. Основний закон Федеративної Республіки Німеччина. *Конституції країн світу: Королівство Бельгія, Федеративна Республіка Німеччина, Королівство Швеція*. Київ: ОВК 2021. С. 109-245.
657. Павшук К. О. Демократичні засади конституційного ладу України. Харків : Юрайт, 2016. 200 с.
658. Пакт Монклоа: урок для України URL: <https://www.unian.ua/politics/188857-pakt-monkloa-ispanskiy-urok-dlya-ukrajini.html>
659. Пейн Т. Права людини. Львів Літопис, 2000. 288 с.
660. Петришин О. Тлумачення конституційних норм у реалізації принципу верховенства права (правовладдя). *Конституція України та триада європейських цінностей: погляд у світлі євроінтеграції: збірник матеріалів і тез міжнародної конференції (м. Київ, 28 червня 2023 р.)*. Київ : ВАІТЕ, 2023. С. 145-147.
661. Платон Держава; пер. з давнього. Дз. Коваль. Київ: «Орієнтир», 2017. 336 с.
662. Плохій С. Брама Європи: історія України від скіфських воєн до незалежності. Харків: Книжковий клуб «Клуб сімейного дозвілля», 2022. 512 с.
663. Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Референдне право України: Навч. посібник. Київ: Вид-во «Ліра-К», 2006. 366 с.
664. Познер Р. А. Проблеми юриспруденції. Київ : Акта, 2004. 488 с.
665. Полонська-Василенко Н. Історія України: У 2 т. Т. 2. Від середини XVII століття до 1923 року. 3-тє вид. Київ: Либідь, 1995. 608 с.
666. Порівняльна таблиця текстів проектів Конституції України - схваленого Конституційною комісією 11 березня 1996 року та доопрацьованого Тимчасовою спеціальною комісією з урахуванням зауважень і пропозицій суб'єктів права законодавчої ініціативи URL:

- <http://static.rada.gov.ua/site/const/rozdil/rozdil13.htm> (Дата звернення: 01.06.2024)
667. Постанова Великої палати Верховного Суду від 20 січня 2021 року, справа № 800/162/14, провадження URL: № 11-872заі19 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96406949> (Дата звернення: 01.06.2024)
668. Постанова Верховної Ради України «Про забезпечення виконання Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року N 20-рп/2010 щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України "Про внесення змін до Конституції України"» від 8 грудня 2004 року N 2222-IV URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2585-vi> (Дата звернення: 01.06.2024)
669. Постанова Верховної Ради України "Про проект нової Конституції України" від 1 липня 1992 року N 2525-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2525-12#Text> (Дата звернення: 01.06.2024)
670. Постанова Верховної Ради України «Про проект нової Конституції України від 1 липня 1992 року» N 2525-XII URL: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/2525.html> (Дата звернення: 01.06.2024)
671. Постанова Київського окружного адміністративного суду від 09 жовтня 2013 року URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/34010191> (Дата звернення: 01.06.2024)
672. Постанова Одеського Апеляційного Суду від 23.04.2021 року Номер провадження: 33/813/578/21 Номер справи місцевого суду: 521/2902/21 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96717767> (Дата звернення: 01.06.2024)

673. Постановление о толковании статьи 13 ч.(1) Конституции в соотношении с Преамбулой Конституции и Декларацией о независимости Республики Молдова (Обращение № 8b-41b/2013) URL: https://constcourt.md/public/ccdoc/hotariri/ru-h_36_2013_ru.pdf (Дата звернення: 01.06.2024)
674. Прієшкіна О.В. Конституційний лад України: актуальні питання становлення, інституціоналізації та розвитку. Одеса : Фенікс, 2008. 280 с.
675. Про внесення змін і доповнень до Конституції (Основного Закону) Української РСР: Закон України від 17 вересня 1991 року N 1554-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1554-12#Text>
676. Проблеми сучасної конституціоналістики: навч. посіб. ; за ред. А. Р. Крусян. О.: Фенікс, 2015. Вип. 3. 526 с.
677. Проект Закону про внесення змін до статті 93 Конституції України (щодо законодавчої ініціативи народу) від 1015 від 29.08.2019 URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66254 (Дата звернення: 01.06.2024)
678. Проект Закону України "Про внесення змін до Конституції України" від 31 березня 2009 року за N 4290 http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=34882 (Дата звернення: 01.06.2024)
679. Проект Конституції України, винесений на всенародне обговорення в редакції від 1 липня 1992 року. *Конституція незалежної України. У 3 кн. Кн. 1. Документи, коментарі, статті.* Київ : Укр. Правнича Фундація, 1995. С. 123-194.
680. Проект, доопрацьований Тимчасовою спеціальною комісією, створеною відповідно до постанови ВРУ від 5 травня 1996 року за № 169/96-ВР (прийнятий Верховною Радою у першому читанні. *Консти-*

- туція незалежної України. У 3 кн. Кн. 2. Ч. 2 Документи / під заг. ред. С. Головатий. Київ : Право, 1997. с. 115-207.*
681. Процюк І.В. Поділ державної влади в умовах різних форм державного правління. Харків: Право, 2012. 584 с.
682. Пушняк О. В. До питання співвідношення термінів "набуття чинності нормативно-правовим актом" та "введення в дію нормативно-правового акта". *Форум права*. 2012. № 2. С. 580-592 URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2012_2_93 (Дата звернення: 01.06.2024)
683. Рабінович С. Право з (не)права: міфологія конституційної революції. *Філософія права і загальна теорія права*. № 1. 2019. С. 71-90.
684. Рабінович С. Права людини і конституційні революції з погляду «чистого вчення про право». *Права людини: філософські, теоретико-юридичні та політологічні виміри: Статті учасників I Міжнародного круглого столу (м. Львів, 28 — 29 жовтня 2016 року)*. Львів: Видавництво ЛОБФ «Медицина і право», 2017. С. 211-220.
685. Рабінович С. Приховані повноваження конституційного суду? *Український часопис конституційного права* № 3. 2020. № С. 3-24.
686. Ревель Ж.-Ф. Відживлення демократії. Київ: Критика, 2004. 562 с.
687. Резолюція 1755 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи "Функціонування демократичних інституцій в Україні", Ухвалена у Страсбурзі (Французька Республіка) від 4 жовтня 2010 року URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/994_a19 (Дата звернення: 01.06.2024)
688. Речицкий, В. В. Конституционализм. Украинский опыт; Харьков. правозащитная группа. Харьков : Фолио, 1998. 160 с.
689. Речицький В.В. Проект Конституції України — 2020. *Речицький В. В. Неформальний конституціоналізм-II. Друге, доповнене видання*. Харків: ТОВ «Видавництво „Права людини“», 2021. 440 с. С. 198-393.

690. Речицький В. В. Конституційне АБВ. Харків: ТОВ «Видавництво „Права людини“, 2016. 408 с.
691. Речицький В. В. Неформальний конституціоналізм. Харків: ТОВ «Видавництво „Права людини“, 2018. 356 с.
692. Речицький В. Втілюючи принципи верховенства права: політико-правовий коментар положень Рішення Конституційного Суду України у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2010. № 6. С. 142-151.
693. Речицький В. Конституціоналізм. Коротка версія. Читанка з конституціоналізму для зацікавлених. Харків: Харківська правозахисна група, Права людини, 2014. 264 с.
694. Речицький В. Правові засади контролю за додержанням конституційної процедури. *Контроль за додержанням належної конституційної процедури: за матеріалами Рішення Конституційного Суду України від 30 верес. 2010 р. № 20-рп/2010 у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України / С. Л. Вдовіченко та ін.* Київ: Алерта, 2011. С. 9-20.
695. Речицький В.В. Політичний предмет конституції. Київ: Дух і Літера, 2012 р. 728 с.
696. Речицький В.В. Проект Конституції України — 2009. Перспектива прав людини. / Харківська правозахисна група; Худож.-оформлювач Б.Є. Захаров. Харків: Права людини, 2009. 144 с.
697. Різник С. Проблеми оцінювання конституційності законів про внесення змін до Конституції України. *Український часопис конституційного права*. 2019. № 4. С. 3–14.
698. Різник С.В. Конституційність нормативних актів: сутність, методологія оцінювання та система забезпечення в Україні. Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2020. 542 с.

699. Рішення Верховного суду Ізраїля від 1 січня 2024 р. URL: <https://supremedecisions.court.gov.il/Home/Download?path=HebrewVerdicts/23/580/056/v31&fileName=23056580.V31&type=2> (Дата звернення: 01.06.2024)
700. Рішення Конституційного Суду України від 15 березня 2016 року № 1-рп/2016 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v001p710-16> (Дата звернення: 01.06.2024)
701. Рішення Конституційного Суду України від 26 квітня 2018 року № 4-п/2018 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v004p710-18> (Дата звернення: 01.06.2024)
702. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v020p710-10> (Дата звернення: 01.06.2024)
703. Рішення Конституційного Суду України від 1 листопада 2022 року № 2-п/2022 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/va02p710-22> (Дата звернення: 01.06.2024)
704. Рішення Конституційного Суду України від 11 липня 1997 року № 3-зп URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v003p710-97>
705. Рішення Конституційного Суду України від 16 квітня 2008 року № 6-рп/2008 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v006p710-08> (Дата звернення: 01.06.2024)
706. Рішення Конституційного Суду України від 25 грудня 2003 року № 22-рп/2003 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v022p710-03> (Дата звернення: 01.06.2024)
707. Рішення Конституційного Суду України від 27 березня 2000 року N 3-рп/2000 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v003p710-00> (Дата звернення: 01.06.2024)

708. Рішення Конституційного Суду України від 27 грудня 2001 року N 20-рп/2001 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v020p710-01> (Дата звернення: 01.06.2024)
709. Рішення Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 року N 4-зп 1997 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v006p710-03> (Дата звернення: 01.06.2024)
710. Рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 року № 6-рп/2005 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v006p710-05> (Дата звернення: 01.06.2024)
711. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України „Про запобігання корупції“, Кримінального кодексу України від 27 жовтня 2020 року № 13-р/2020 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-20#Text> (Дата звернення: 01.06.2024)
712. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням виконуючого обов'язки Президента України, Голови Верховної Ради України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим „Про Декларацію про незалежність Автономної Республіки Крим і міста Севастополя“ від 20 березня 2014 року № 3-рп/2014 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-14#Text> (Дата звернення: 01.06.2024)
713. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями виконуючого обов'язки Президента України, Голови Верховної Ради України та Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційно-

- сті) Постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим „Про проведення загальнокримського референдуму“ (справа про проведення місцевого референдуму в Автономній Республіці Крим) від 14 березня 2014 року № 2-рп/2014 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-14#Text> (Дата звернення: 01.06.2024)
714. Розанвалон П. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність. Київ: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2009. 287 с.
715. Розпорядження Голови Верховної Ради України № 502 від 30 грудня 2021 р. "Про Науково-консультативну раду при Голові Верховної Ради України" URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/502/21-%D1%80%D0%B3#Text> (Дата звернення: 01.06.2024)
716. Розробка і реформа конституції: вибір процесу / М. Брандт, Дж. Коттрелл, Яі Гай, Е.Реган. Київ: Interpeace, 2011. 334 с.
717. Ролз Дж. Політичний лібералізм. Пер. з англ. О.Мокровольський. Київ: Основи, 2000. 282 с.
718. Савчин М. Конституційна юстиція та забезпечення конституційного порядку: 2005–2020. Ужгород: Вид-во РІК-У, 2020. 384 с.
719. Савчин М. Конституція: люди та інституції (SWOT-коментар): монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2024. 680 с.
720. Савчин М. Порівняльне конституційне право. Київ: ВАІТЕ, 2020. 462 с.
721. Савчин М. Руссо-українська війна та трансформація конституційного права. *Право України*. 2023. № 1. С. 12-53.
722. Савчин М.В. Висновок за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності статтям 157 і 158 Конституції України Закону України № 2222 - IV від 8 грудня 2004

- р.«Про внесення змін до Конституції України» URL: <https://www.academia.edu/> (Дата звернення: 01.06.2024)
723. Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції. Ужгород: Поліграфцентр «Ліра», 2009. 372 с.
724. Савчин М.В. Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму. Ужгород: РІК-У, 2018. 440 с.
725. Сарторі Дж. Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів. Пер.з 2-го англ.вид. Київ: АртЕк, 2001. 224 с.
726. Себайн Джордж Г., Торсон Томас Л. Історія політичної думки. Київ: Основи, 1997. 838 с.
727. Севрюков Д. Суверенітет: Генеалогія ідеї в контексті політичної та правової історії. Київ: Талком, 2018. 234 с.
728. Селіванов А. О. Реалії конституційного права України. Київ : Логос, 2015. 84 с.
729. Селіванов А. Право народу управляти своєю країною. *Вісник Конституційного Суду України*. 2014. № 3. С. 80-87.
730. Селіванов О.А. Конституційний судовий контроль за актами органів державної влади України. Київ: Парламентське видавництво, 2017. 184 с.
731. Скомороха В. Є. Конституційна юрисдикція в Україні: проблеми теорії, методології і практики. Київ: МП "Леся", 2007. 716 с.
732. Сліденко І. Проблеми співвідношення юридичної і фактичної Конституції України з позицій світового конституційного виміру. *Конституція і конституціоналізм в Україні: вибіркові проблеми: зб. наук. праць членів Т-ва конст. права з нагоди 10-ї річниці Конституції України, Конст. Суду України та самого Т-ва*. Київ: Купріянова, 2007. С. 9-32.

733. Сліденко І.Д. Феноменологія конституційного контролю. Генеза, природа і позиціонування в контексті аксіологічних, епістемологічних, практиологічних, синергетичних аспектів. Київ : Істина, 2010. 624 с.
734. Слінько Т. М. Чи може офіційне тлумачення компенсувати органічні недоліки Основного Закону? *Взаємні здобутки Європейської Комісії "За демократію через право" і органів конституційної юстиції та проблеми тлумачення у конституційному судочинстві : зб. матеріалів і тез міжнар. онлайн-конф., 25 черв. 2010 р. / Конституц. Суд України, Європ. коміс. "За демократію через право" (Венец. коміс.), ОБСЄ. Київ : ВАІТЕ, 2020. С. 138-142.*
735. Слінько Т.М., Ткаченко Є.В. Гарантування конституційної ідентичності органами конституційного контролю. *Право України. 2023. № 7. С. 70-84.*
736. Смирнова К. В., Березовська І. А. Розвиток доктрини прямої дії міжнародних угод у праві Європейського Союзу. *Право України. 2019. № 6. С. 15-34.*
737. Снайдер Т. Про тиранію. Двадцять уроків двадцятого століття. К.: Медуза, 2017. 144 с.
738. Снігур І. Й. Установча влада народу та установча функція парламенту (окремі аспекти взаємодії). *Юрид. наука : наук. юрид. журн. 2011. № 1. С. 54-58.*
739. Собота К. Принцип правної держави: конституційно-правні та адміністративно-правні аспекти; пер. з нім.: Г. Рижков, О. Блащук, К. Татарчук. Київ : ВАІТЕ, 2013. 608 с.
740. Совгіря О. Конституційні плебісцити 2022 та 2023 років як складова новітнього конституційного процесу в Чилі. *Український часопис конституційного права. 2024. № 1. С. 3-14.*

741. Старосольський В. Й. Теорія нації / Передм. І. О. Кресіної. Нью-Йорк; Київ: Наук. Т-во ім. Т. Шевченка: Вища шк., 1998. XL, 157 с.
742. Старосольський В.Й. Держава і політичне право. Ч. 2. К.: ВИДАВНИЦТВО ЛОГОС Україна, 2017. 472 с.
743. Статті конфедерації США 1781 р. URL: <https://osvita.khpg.org/index.php?id=946555724> (Дата звернення: 01.06.2024)
744. Стенограма засідання № 3 Робочої підкомісії Конституційної комісії від 5 грудня 1995 року. *Конституція незалежної України. У 3 кн. Кн. 3. Ч. 3. Документи. Стенограми / під заг. ред. С. Головатий.* Київ: Право, 1999. С. 34 -39.
745. Стенограма засідання комісії Верховної Ради України з розробки нової Конституції України від 3 травня 1993 року. *Конституція незалежної України. У 3 кн. Кн. 3. Ч. 1 Документи. Стенограми / під заг. ред. С. Головатий.* Київ : Право, 1998. С. 224- 283.
746. Стенограма засідання комісії з розробки нової Конституції України 12 січня 1994 року. *Конституція незалежної України. У 3 кн. Кн. 3. Ч. 2. Документи. Стенограми / під заг. ред. С. Головатий.* Київ : Право, 1998. С. 3-71.
747. Стенограма засідання комісії з розробки нової Конституції України від 28 листопада 1994 року. *Конституція незалежної України. У 3 кн. Кн. 3. Ч. 2. Документи. Стенограми / під заг. ред. С. Головатий.* Київ : Право, 1998. С. 77-108.
748. Стенограма засідання комісії з розробки нової Конституції України від 3 травня 1993 року. *Конституція незалежної України. У 3 кн. Кн. 3. Ч. 1 Документи. Стенограми / під заг. ред. С. Головатий.* Київ : Право, 1998. С. 224- 283.

749. Стенограма засідання комісії з розробки нової Конституції України 3 травня 1993 року. *Конституція незалежної України. У 3 кн. Кн. 3. Ч. 1 Документи. Стенограми / під заг. ред. С. Головатий.* Київ : Право, 1998. С. 224- 283.
750. Стенограма засідання Робочої підкомісії Конституційної комісії України від 27 лютого 1996 року № 51. *Конституція незалежної України. У 3 кн. Кн. 3. Ч. 11. Стенограми / Укр. Правнича Фундація ; під заг. ред. С. Головатого.* Київ : Укр. Правнича Фундація, 2010. С. 381-475.
751. Стенограма засідання тимчасової спеціальної комісії з доопрацювання проекту Конституції України від 12 червня 1996 року. *Конституція незалежної України. У 3 кн. Кн. 3. Ч. 16. Стенограми / Укр. Правнича Фундація ; під заг. ред. С. Головатий.* Київ: Укр. Правнича Фундація, 2010. С. 361-463.
752. Стецюк П. Перша Конституція Польщі (1791): спроба правового аналізу. Львів: Астролябія, 2010. 112 с.
753. Стрельцова О.В. Конституціоналізація процесу асоціації України з Європейським Союзом: теорія та практика Київ: Алерта, 2017. 512 с.
754. Стрижак А. А. Установча влада: основні критерії легітимності внесення змін до Конституції України. Київ: Логос, 2013. 132 с.
755. Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. Київ : Вид. Дім "Києво-Могилян. акад.", 2007. 206 с.
756. Тарасов О.В. Суб'єкт міжнародного права: проблеми сучасної теорії. Харків: Право, 2014. 512 с.
757. Тацій В., Тодика Ю. Питання меж тлумачення Конституційним Судом Конституції та законів України. *Вісник Академії правових наук України. Х. : Право, 2001. № 4(27). С. 31-40.*
758. Тейлор Ч. Секулярна доба. Книга друга. Київ: ДУХ І ЛІТЕРА, 2018. – 616 с.

759. Тейлор Ч. Секулярна доба. Книга перша. Київ: ДУХ І ЛІТЕРА, 2013. 664 с.
760. Темелкуран Е. Як втратити країну. Сім кроків від демократії до диктатури. Харків: Vivat, 2019. 239 с.
761. Теоретичні проблеми розвитку конституційного законодавства України на сучасному етапі / Ю.С.Шемшученко, О.І. Ющик, О.В. Скрипнюк та ін.; за ред. Ю.С.Шемшученка, О.І. Ющика. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2014. 315 с.
762. Теорія та практика застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: компендіум / О.В. Сердюк, Ю.В. Щокін, І.В. Яковюк та ін.; за заг. ред. О.В.Сердюка, І.В. Яковюка. 2-ге вид., допов. Харків: Право, 2019. 404 с.
763. Теплюк М. О., Ющик О. І. Введення в дію законів України: питання теорії та практики. Київ : Парламент. вид-во, 2011. 200 с.
764. Теплюк М. Проблемні питання введення в дію Конституції України URL: <http://veche.kiev.ua/journal/2151/> (Дата звернення: 01.06.2024)
765. Тертишник В.М. Конституція України. Науково-практичний коментар. Київ: Алерта, 2022. 430 с.
766. Тичина В. Правові цінності Європейського Союзу: навчальний посібник. Харків: Право, 2023. 116 с.
767. Ткаченко Є. В. Правовий статус громадян Європейського Союзу *Юрист України*. 2011. № 1(14). С. 17-23.
768. Тодика О.Ю. Народовладдя на трансформаційному етапі розвитку держави і суспільства / Під ред. О.В. Петришина. Х.: Право, 2007. 480 с.
769. Тодыка Ю.Н. Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина: Учебное пособие. Харьков: «Фолио»: «Райдер», 1998. 292 с.

770. Тодыка Ю.Н. Конституция Украины – Основной Закон государства и общества. Харьков: Факт, 2001 382 с.
771. Тодыка Ю.Н. Основы конституционного строя Украины. Учебное пособие. Харьков: «Факт», 1999. 320 с.
772. Тодыка Ю.Н. Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика. Харьков : Факт, 2003. 328 с.
773. Токвіль Алексіс де. Про демократію в Америці. У двох томах. Київ: Видавничий дім «Всесвіт», 1999. 590 с.
774. Тур М.Г. Некласичні моделі легітимації соціальних інститутів. Київ: ПАРАПАН, 2006. 396 с.
775. Турен А. Повернення дієвця. Київ: Альтерпрес, 2003. 320 с.
776. Тюшка А.В. Договір про Конституцію для Європи: генезис, юридич-на природа, політична цінність. Київ: К.І.С., 2007. 228 с.
777. Умови громадянства: зб. ст. / під ред. Б. ван Стінбергена; пер. з англ. Іваненко О.О. Київ: Укр. центр духов. культури, 2005. 262 с.
778. Ухвала від 19 жовтня 2020 р Ленінського районного суду м. Запоріжжя Справа № 334/5940/20, Провадження № 1-кс/334/2170/20 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92352468> (Дата звернення: 01.06.2024)
779. Ухвала Дарницького районного суду м. Києва від 05 липня 2011 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/17802611> (Дата звернення: 01.06.2024)
780. Ухвала Конституційного Суду України «Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 102 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України "Про внесення змін до Конституції України", Закону України "Про внесення зміни до розділу IV "Прикінцеві та перехідні положення" Закону України "Про Конститу-

- ційний Суд України"» від 05.02.2008 № 6-у/2008 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va06u710-08> (Дата звернення: 01.06.2024)
781. Федераліст: коментар до конституції Сполучених Штатів = The Federalist: a commentary on the constitution of the United States / Александер Гамільтон, Джеймс Медісон, Джон Джей. Київ : Сфера, 2002. 490 с.
782. Федоренко В.Л. Конституційне право України. Київ: Видавництво Ліра-К, 2016. 616 с.
783. Фукуяма Ф. Великий крах. Людська природа і відновлення соціального порядку. Львів: Кальварія, 2005. 380 с.
784. Фукуяма Ф. Витоки політичного порядку. Від прадавніх часів до Французької революції / Пер. з англ. Роман Корнута. Київ: Наш формат, 2018. 576 с.
785. Фуллер Л. Анатомія права; Пер. з англ. Н. Комарова. Київ: Сфера, 1999. 144 с.
786. Футей Б. Зауваження до рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року URL: <http://khpg.org/index.php?id=1289922329> (Дата звернення: 01.06.2024)
787. Футей Б. Становлення правової держави в Україні: 1991-2005. 2-е вид., допов. і перероб. Київ: Юрінком Інтер, 2005. 352 с.
788. Футей Богдан: «Пишучи нову Конституцію, зазираймо до старої» URL: <http://www.pravda.com.ua/rus/articles/2007/07/30/4421899> (Дата звернення: 01.06.2024)
789. Харт Х.Л.А. Концепція права. Київ: Сфера, 1998. 236 с.
790. Цвік М. Коментар до статей 5, 6 Конституції України. *Проблеми теорії права і конституціоналізму у працях М. В. Цвіка / упоряд.: О. В. Петришин, С. В. Шевчук, О. Р. Дашковська та ін. ; відп. за вип. О. В. Петришин.* Харків: Право, 2010. С. 136-140.

791. Циппеліус Р. Філософія права. Пер. з нім. Є. М. Причепій [та ін.] ; ред. пер. Є. М. Причепій. Київ: Тандем, 2000. 300 с.
792. Циппеліус Р. Юридична методологія : монографія ; пер. Р. Корнута. Київ : Реферат, 2004. 176 с.
793. Черняк Є.В. Охорона Конституції України та конституцій зарубіжних країн: конституційно-порівняльний аналіз. Київ: Видавництво Ліра-К, 2020. 592 с.
794. Шаап С. Популистское искушение: Обратная сторона иллюзии идентичности. Київ: Вид-во Жупанського, 2020. 256 с.
795. Шамрай В..В. Конституційне право в умовах глобалізації та міждержавної інтеграції: теоретико-методологічний аспект. Одеса: Фенікс, 2018. 360 с.
796. Шаповал В. М. Сучасний конституціоналізм: Монографія. Київ: Юридична фірма "Салком"; Юрінком Інтер, 2005. 560 с.
797. Шаповал В. Н. Британская Конституция: политико-правовой анализ. Киев: Лыбидь, 1991. 135 с.
798. Шаповал В.М. Основи конституціоналізму (нариси з історії, теорії і практики). Київ: Мишалов Д.В., 2021. 115 с.
799. Шаповал В.М. Референдум: Україна та міжнародний досвід. *Референдум: досвід України та європейські стандарти*. Київ: ТОВ «АК-ГРУП», 2016. С. 5-18.
800. Шаповал В.М., Корнеєв А.В. Історія Основного Закону (конституційний процес в Україні у 1990-1996 роках). Харків: Фоліо, 2011. 111 с.
801. Шевчук С. Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза і співвідношення. *Право України*. 2010. № 3. С. 52-61.

802. Шевчук С. Концепція самообмеження суду; доктрина "політичного питання", " політичної діяльності" та " поля розсуду держави". *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 3. С. 20-32.
803. Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. Харків: Консум, 2002. 296 с.
804. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ: Реферат, 2007. 640 с.
805. Шемшученко Ю. С., Ющик О. І. (ред.) Джерела конституційного права України. Київ: Наук. думка, 2010. 711 с.
806. Шишкін В. Чому я був проти. «Окремі думки» судді Конституційного Суду України. Київ: Темпора, 2018. 760 с.
807. Шкірчак С. І. Реформування інституту установчої влади в Україні: проблеми і перспективи. *Наукові праці Чорноморського державного університету імені Петра Могили. Сер. : Політологія*. 2009. Т. 122, Вип. 109. С. 93-96.
808. Шляхтун П.П. Конституційне право: словник термінів. Київ: Либідь, 2005. 568 с.
809. Шумпетер Й. Капіталізм, соціалізм і демократія. Київ: Основи, 1995. 528 с. С. 307.
810. Щербанюк О.В. Індивідуальна конституційна скарга як засіб забезпечення конституційної демократії. *Право України*. № 12. 2018. с. 77- 91.
811. Щербанюк О.В. Народний суверенітет і реалізація владоспрможності демократичної держави. Книга II. Київ: Логос, 2013. 306 с.
812. Юхновський І. Десять зауваг реформаторам Конституції URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2018/10/25/7196181/> (Дата звернення: 01.06.2024)

813. Ющик О.І. Перехідні положення Конституції України (теоретико-правові питання). *Юридична Україна*. 2005. № 1. С. 12-17.
814. Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу. Київ: Парламентське вид-во, 2004. 520 с.
815. Яковюк І. В. Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз. Харків: Право, 2013. 760 с.
816. Янчук А. Конституційне оновлення: від секторальних змін до загальнонаціонального проекту єднання. *Доктринальні підходи в діяльності Конституційного Суду України: зб. матеріалів і тез наук.-практ. онлайн-конф. (м. Київ, 28 жовтня 2020 р)*. Київ: Ваіте, 2020. С. 38-43.

ДОДАТОК
СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ
ДИСЕРТАЦІЇ ТА ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ
РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Берченко Г.В. Відновлення дії тексту конституції в аспекті концепції установчої влади. *Форум права*. 2016. № 4. С. 25–34. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2016_4_7
2. Берченко Г.В. Попередній контроль за змінами Конституції: юридичні позиції Конституційного Суду України. *Право і суспільство*. № 6-1. 2019. С. 9-16. DOI: <https://doi.org/10.32842/2078-3736-2019-6-1-2>
3. Берченко Г.В. Застереження Конституційного Суду України як елемент процедури внесення змін до Конституції України. *Актуальні про-*

блеми політики. 2020. № 66. С. 118-123. DOI: <https://doi.org/10.32837/app.v0i66.716>

4. Берченко Г.В. Концепт «установча влада» у сучасному українському науковому дискурсі. *Вчені записки Таврійського національного університету імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки.* 2020. Том 31. (70). № 6. 2020. С. 13-18. DOI: <https://doi.org/10.32838/TNU-2707-0581/2020.6/03>

5. Берченко Г.В. Установча влада: еволюція і сучасні інтерпретації. *Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція.* 2020. № 45. С. 26-29. DOI: <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2020.45.6>

6. Берченко Г.В. Декларація про державний суверенітет України і Акт проголошення незалежності в аспекті доктрини конституційного блоку. *Право та державне управління.* 2020. № 4. С. 24-30. DOI: <https://doi.org/10.32840/pdu.2020.4.3>

7. Берченко Г.В. Конституційне право на опір. *Проблеми законності.* 2020. № 4. С. 18-30. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.151.215651>

8. Берченко Г.В. Конституційний контроль за внесенням змін до конституції: зарубіжний досвід. *Публічне право.* 2020. № 3. С. 9-16. DOI: <https://doi.org/10.32782/2306-9082/2020-39-1>

9. Берченко Г.В. Політичний популізм і установча влада народу. *Juris Europensis Scientia.* 2020. № 3. С. 7-11. DOI: <https://doi.org/10.32837/chern.v0i3.89>

10. Берченко Г.В. Преамбула конституції: юридична природа та практика внесення змін. *Прикарпатський юридичний вісник.* 2020. № 5 (34). С. 44-48. DOI: [https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i5\(34\).643](https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i5(34).643)

11. Берченко Г.В. Конституція як основний закон: проблеми теорії і практики. *Юридичний вісник.* 2020. № 6. С. 39-46. DOI: <https://doi.org/10.32837/yuv.v0i6.2027>

12. Берченко Г.В. Розвиток учення про конституцію: теорія і практика. *Публічне право*. 2020. № 4. С. 6-13. DOI: <https://doi.org/10.32782/2306-9082/2020-40-1>
13. Берченко Г.В. Установча влада та набуття чинності Конституцією України. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки*. 2020. № 4. Том 1. С. 20-28. DOI: <https://doi.org/10.26661/2616-9444-2020-4.1-04>
14. Берченко Г.В. Прогалини в конституції: постановка проблеми. *Право і суспільство*. 2020. № 6. С. 3-9. DOI: <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.6.1.1>
15. Берченко Г.В. Право народу визначати і змінювати конституційний лад в аспекті здійснення установчої влади. *Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2020. № 46. С. 10-14. DOI: <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2020.46.2>
16. Берченко Г.В. Розвиток конституції шляхом її судового тлумачення і установча влада. *Актуальні проблеми держави і права*. 2020. № 88. С. 18-24. DOI: <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i88.3051>
17. Берченко Г.В. Загальна характеристика незмінюваних положень конституції . *Філософія права і загальна теорія права*. 2021. № 2. С. 78-92 DOI: <https://doi.org/10.31359/2227-7153-78>
18. Berchenko H., Maryniv A., Fedchyshyn S. Some issues of constitutional justice in Ukraine. *Access to justice in Eastern Europe*. 2021. Vol. 4. Iss. 2. pp. 128-145. DOI: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-4.2-n000064>
19. Berchenko H., Slinko T., Tkachenko Ye., Kobryn V. Preliminary Judicial Control of Amendments to the Constitution: Comparative Study. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2022. Vol 5. Iss. 4 (16). pp. 159-169. DOI: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.4-n000435>

20. Колісник В. П., Берченко Г. В., Слінько Т. М. Конституційна ідентичність як втілення установчої влади. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 69–88. DOI: <https://doi.org/10.31359/1993-0909-2022-29-3-69>

21. Berchenko H. Slinko T. Horai O. Unamendable Provisions of the Constitution and the Territorial Integrity of Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2022. Vol. 5. Special Issue. pp. 113-127. DOI: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.4-n000447>

22. Барабаш Ю.Г., Берченко Г.В. Чи здатна захистити себе демократія в умовах війни? (на досвіді державного будівництва під час російської агресії). *Право України*. 2023. № 1. С. 54-75. DOI: <https://doi.org/10.33498/louu-2023-01-054>

23. Berchenko H. Judicial Interpretation as Informal Constitutional Changes: Questions of Legitimacy in the Aspect of the Doctrine of Constituent Power. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2024. Vol. 7. Iss. 2. pp. 39-62. DOI: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-7.2-a000203>

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

24. Берченко Г.В. Концепція установчої влади. *Державний суверенітет і народний суверенітет в сучасних умовах. VII Тодиківські читання. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції молодих учених, аспірантів і студентів (м. Харків, 26-27 вересня 2014 року) / За заг. ред. проф. А.П. Гетьмана. НУ «Юридична академія імені Ярослава Мудрого»*. Харків: Права людини, 2014. С. 47-49.

25. Берченко Г.В. Проблеми реалізації установчої влади в Україні. *Теорія та практика сучасної юриспруденції: матеріали VI Всеукр. наук.-практич. конф. (м. Харків, 2 лист. 2015 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава*

Мудрого, Асоц. випускників Нац. юрид. ун-ту ім. Я. Мудрого. Харків : ФОП Бровін О. В., 2015. С. 227-229.

26. Берченко Г.В. Конституція України як прояв установчої влади народу («Круглий стіл до 20-ї річниці Конституції України «Історія сучасного українського конституціоналізму», м. Харків, 8 червня 2016 р.). *Вісник національної академії правових наук України. 2016. № 2. С. 214-215.*

27. Берченко Г.В. Відновлення дії тексту Конституції України в контексті концепції установчої влади. *Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина : зб. тез наук. доп. і повідомл. IV Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Полтава, 26 трав. 2016 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Я. Мудрого, Полтав. юрид. ін-т, Нац. акад. прав. наук України, НДІ держав. буд-ва та місцевого самоврядування, Асоціація випускників НЮУ ім. Ярослава Мудрого". Харків : Права людини, 2016. С. 8-12.*

28. Берченко Г.В. Інституційна установча влада і Конституція України. *Юридична осінь 2018 року : зб. тез доп. та наук. повідомл. учасників всеукр. наук. конф. молодих учених (м. Харків, 14 листоп. 2018 р.) / М-во освіти і науки України, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Рада молодих учених, Студент. наук. т-во. Харків : НЮУ ім. Ярослава Мудрого, 2018. С. 3-7.*

29. Берченко Г.В. Звільнення суддів Конституційного Суду України за порушення присяги: судова практика. *Сучасний вимір прав людини: конституційний контекст. XI Тодиків. читання : зб. тез наук. доп. і повідомл. Міжнар. наук. конф. (м. Харків, 26-27 жовт. 2018 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків : Права людини, 2018. С. 216-218.*

30. Берченко Г.В. Вдосконалення процедури внесення змін до Конституції України. *Публічне адміністрування в умовах змін та перетворень: проблеми організації та правового забезпечення: зб. наук. пр. матеріалами*

III Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 11-12 квіт. 2019 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2019. С. 200-203.

31. Берченко Г.В. Конституційний контроль за установчою владою в Україні: питання обмеження прав людини. *Парадигми конституційного права: історія та сучасність. XII Тодиківські читання : зб. тез наук. доп. і повідомл. Міжнар. наук. конф. (м. Харків, 1-2 листоп. 2019 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків : Права людини, 2019. С. 110-112.*

32. Берченко Г.В. Природа Конституції України як акта установчої влади. *Матеріали круглого столу «Український конституціоналізм у сучасному вимірі» (м. Харків, 24 червня 2019 р.). Харків: ФОП Бровін О.В., 2019. С. 21-23.*

33. Берченко Г.В. Концепція войовничої демократії в рішенні Конституційного Суду України від 16 липня 2019 року № 9-р/2019. *Юридична осінь 2019 року: зб. тез доповідей та наук. повідомл. учасників міжнар. наук.-практ. конф. молодих учених (Харків, 29 листоп. 2019 р.) / за заг. ред. А.П. Гетьмана. Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого: Мадрид, 2019. С. 31-35.*

34. Берченко Г.В. Право народу визначати і змінювати конституційний лад в Конституції України. *Матеріали круглого столу «Історія державотворчих процесів в Україні і зарубіжних країнах (до 30-ї річниці незалежності України та 25-річчя конституції України)». (м. Харків, 27 травня 2021 р.). Харків: ФОП Бровін О.В., 2021. С. 58-60.*

35. Берченко Г.В. Межі установчої влади: судовий конституційний контроль за змінами до конституції. *Фундаментальні проблеми юриспруденції III. Межі права: Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу з міжнародною участю (м. Харків, 28–29 травня 2021 року) / уклад.: К. Буряковська, С. Максимов, Н. Сатохіна, О. Стовба. Харків: без видавництва, 2021. С. 10-13.*

36. Берченко Г.В. Конформне (узгоджене з Конституцією) тлумачення законів Конституційним Судом України. *Сучасні конституційні доктрини: проблеми формування та застосування в юрисдикційній практиці. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції (м. Харків, 11 червня 2021 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків: ТОВ «Видавництво „Права людини“», 2021. С. 132-134.*

37. Берченко Г.В. Викладання конституційного права України. *Удосконалення професійної компетентності викладача юридичних дисциплін: матеріали науково-педагогічного підвищення кваліфікації з юридичних наук, (онлайн, 15 листопада-26 грудня 2021 року). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 29-32.*

38. Берченко Г.В. Порівняльний метод у конституційному праві. *Collection of theses of scientific and methodical reports of scientific and pedagogical internship, which was organized by «Vasile Goldiș» Western University of Arad, Romania, North University Centre of Baia Mare, Romania, Institute of professional development, Slovakia, Association of International Educational and Scientific Cooperation, Ukraine, for research and teaching staff of Ukrainian universities in educational and scientific institutions of foreign countries (online, April 4 – May 13, 2022). Arad; Ужгород: Association of International Educational and Scientific Cooperation, Ukraine, 2022. С. 19-22.*

39. Берченко Г.В. Повага до конституційної ідентичності держав-членів ЄС: перспективи для України. *Український конституціоналізм: виклики, народжені свободою. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції (м. Харків, 23 грудня 2022 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків: ТОВ «Видавництво „Права людини“», 2022. С. 34-35.*

40. Берченко Г.В. Попередній судовий контроль за законопроектами про внесення змін до конституції: порівняльний аспект. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали VI Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Чернівці, 21 жовтня 2022р.)*/редкол.: О.В. Щербанюк та ін. Чернівці: без видавництва, 2022. С. 157-160.

41. Берченко Г. В. Глобальний конституціоналізм: поняття і перспективи. *Національна безпека як конституційна цінність: сучасні виклики: Міжнар. наук.-практ. конф. з нагоди Дня Конституції Україн, / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Чернів. нац. ун-т ім. Ю. Федьковича, Львів. нац. ун-т ім. І. Франка (Харків, 22 черв. 2023 р.)*. Харків: без видавництва, 2023. С. 19-21.

42. Берченко Г. В. Процедура внесення змін до Конституції: теорія і практика. *Конституційна та адміністративна процедура: міжнародний досвід та національна практика. Матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Чернівці, 2 травня 2023р.)*/ редкол.: О.В. Щербанюк та ін. Чернівці: без видавництва, 2023. С. 21-25.

43. Берченко Г.В. Подолання позицій судової влади шляхом внесення змін до конституції. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали VII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Чернівці 27 жовтня 2023р.)*/ редкол.: О.В. Щербанюк та ін. Чернівці: без видавництва, 2023. С. 27-32.

44. Берченко Г.В. Ієрархія конституційних цінностей. *Права людини та демократія як фундаментальні основи українського конституціоналізму. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції (м. Харків, 24 листопада 2023 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2023. С. 33-34.*

Публікації, які додатково відображають результати дослідження

45. Берченко Г.В. Концепція установчої влади та її розвиток в Україні. *Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія Право*. 2014. № 1137. Вип. 18. С. 66-69.

46. Конституційне право України: підручник / за заг. ред. Т. М. Слінько; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2020. пункт 2.1-2.2 глави 2 розділу I. С. 37-47.

47. Публічне право: сучасні доктрини в судовій та правозастосовній практиці: навч. посіб. для підготовки студентів магістратури вищої освіти другого (магістер.) рівня вищої освіти галузі знань 08 «Право» спец. 081 «Право» / Т.М. Слінько, Л.І. Летнянчин, Г.В. Берченко; за заг. ред. проф. Т.М. Слінько, доц. Л.І. Летнянчина; М-во освіти і науки України Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2023. пункти 6.1-6.5 теми 6. С. 176-192.

48. Берченко Г.В. Установча влада. *Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Т. 4: Конституційне право / Редкол.: Ю.Г. Барабаш (голова) та ін.* Харків: Право, 2024. С. 1031-1035.